

# 18

v. 9 n. 2 JUL-DEZ 2013  
ISSN 1808-2432

# Revista DIREITGV

 FUNDAÇÃO  
GETULIO VARGAS



**DIREITGV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

# Revista DIREITO GV

ISSN 1808-2432

## EDITOR

JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ

## CONSELHO EDITORIAL

ÁLVARO PIRES (UNIVERSIDADE DE OTTAWA - CANADÁ); ALBERTO AMARAL JR. (USP); CELSO CAMPILONGO (USP); CHARLES SABEL (YALE LAW SCHOOL - EUA); DAVID TRUBEK (WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA); DAMIAN CHALMERS (LONDON SCHOOL OF ECONOMICS AND SOCIAL SCIENCE); DANIEL EDUARDO BONILLA MALDONADO (UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, COLÔMBIA); DIEGO EDUARDO LÓPEZ-MEDINA (UNIVERSIDADE DE LOS ANDES - COLÔMBIA); ESTEVÃO MALLET (USP); GREGORY SCHAFFER (WISCONSIN LAW SCHOOL - EUA); HANS-JÖRG ALBRECHT (MAX-PLANCK INSTITUTE); JOSÉ ANTONIO ESTEVEZ DE ARAÚJO (UNIVERSIDADE DE BARCELONA - ESPANHA); JOSÉ EDUARDO FARIA (USP); JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES (UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PORTUGAL); JOSÉ MARIA AREILZA (INSTITUTO DE EMPRESA - ESPANHA); JOSEF JOAN MORESO (UNIVERSIDADE POMPEU FABRA - ESPANHA); JUDITH MARTINS-COSTA (UFRS); KAZUO WATANABE (USP-CEBEPEJ); KEITH S. ROSENN (MIAMI LAW SCHOOL - EUA); NORBERT REICH (UNIVERSIDADE DE BREMEN - ALEMANHA); MARCOS NOBRE (UNICAMP-CEBRAP); MARIA TERESA SADEK (USP-CEBEPEJ); MARTÍN FEDERICO BÖHMER (UNIVERSIDAD DE SAN ANDRÉS, ARGENTINA); MIGUEL POIARES MADURO (FACULDADE DE DIREITO DA NOVA UNIVERSIDADE DE LISBOA); MIGUEL REALE JR. (USP); PÉRSIO ARIDA; RAFFAELE DI GIORGI (UNIVERSIDADE DE LECCE-ITÁLIA); ROGÉRIO PEREZ-PERDOMO (IESA, CARACAS - VENEZUELA); RICARDO RIBEIRO TERRA (USP-CEBRAP); SOLEDAD VILLAGRA DE BIEDERMANN (UNIVERSIDAD CATOLICA DE ASUNCION, PARAGUAI)

## EDITORES ASSOCIADOS

ARNO DAL RI (FONDAZIONE CASSAMARCA); ANTONIO MAUÉS (UFPA); CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT (UNESP); JULIANA NEUENSCHWANDER MAGALHÃES (UFRJ); SOLANGE TELES DA SILVA (UEA); TORQUATO DA SILVA CASTRO JUNIOR (UFPE); VERA THORSTENSEN (FGV); WILSON MADEIRA (UFF)

## COMISSÃO EXECUTIVA

FLÁVIA PORTELLA PÜSCHEL; LUCIANA GROSS CUNHA; MÁIRA ROCHA MACHADO; MICHELLE RATTON SANCHEZ; SALEM HIKMAT NASSER; VIVIANE MULLER PRADO

## PARECERISTAS

ATUARÃO COMO PARECERISTAS DA REVISTA DIREITO GV OS MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL; PROFESSORES, PESQUISADORES DA DIREITO GV, PROFESSORES DA DIREITO RIO, ALÉM DE EVENTUAIS PARECERISTAS NOMEADOS AD-HOC. ATUARÃO COMO PARECERISTAS PERMANENTES DA REVISTA OS SEGUINTESS PROFESSORES:

**ALAGOAS:** ANDREAS JOACHIM KRELL (UFAL); **BAHIA:** ALESSANDRA RAPPASSI MASCARENHAS PRADO (UFBA); DENISE CRISTINA VITALE RAMOS MENDES (UCSAL); MARIA AUXILIADORA MINAHIM (UFBA); **BRASÍLIA:** ANA FLÁVIA GRANJA E BARROS-PLATIAU (UNB); ARGEMIRO CARDOSO MOREIRA MARTINS (UNB); VALDIR GASSEN (UNB); **CEARÁ:** PAULO ANTONIO DE MENEZES ALBUQUERQUE (UNIFOR; UFC); UNINE CAMINHA (UNIFOR); **PARANÁ:** ALEXANDRE DITZEL FARACO (PUC/PR); JOÃO BOSCO LEE (UNICURITIBA); MARCIA CARLA PEREIRA RIBEIRO (PUC/PR); RICARDO MARCELO FONSECA (UFPR); **PERNAMBUCO:** GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA (UFPE); **RIO DE JANEIRO:** GUILHERME LEITE GONÇALVES (FGV/DIREITO RIO); JOSÉ RICARDO FERREIRA DA CUNHA (FGV/DIREITO RIO; UERJ); RONALDO LEMOS (FGV/DIREITO RIO); SÉRGIO BRANCO (FGV/DIREITO RIO); **RIO GRANDE DO SUL:** CARLOS KLEIN ZANINI (UFRGS); DEISY DE FREITAS LIMA VENTURA (UNISINOS); MARCOS DE CAMPOS LUDWIG (UFRGS); RICARDO ANTÔNIO SILVA SEITENFUS (UFSM); SHEILA STOLZ (UFRGS); **SÃO PAULO:** ANTONIO RODRIGUES DE FREITAS JR. (USP); ARTHUR BARRIONUEVO FILHO (EESP-EAESP); BARBARA ROSENBERG; CAIO MARIO PEREIRA DA SILVA NETO (DIREITO GVI); CARLOS EDUARDO BATALLHA DA SILVA E COSTA (CEBRAP); GILBERTO BERCOVICI (USP); JAIRO SAMPAIO SADDI (IBEMEC); JOSÉ AUGUSTO FOUTOURA COSTA (UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS); LAURINDO DIAS MINHOTO (USP); LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (UNIVERSIDADE SÃO JUDAS TADEU); LUIS VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA (USP); OTÁVIO YASBEK (BM&F/BOVESPA); ROGÉRIO BASTOS ARANTES (USP); SAMUEL RODRIGUES BARBOSA (USP); TIAGO MACHADO CORTEZ (DIREITO GV); **SANTA CATARINA:** AIRTON LISLE CERQUEIRA LEITE SEELAENDER (UFSC); CLAUDIA ROSANE ROESLER (UNIVALI); **FRANCA:** KATHIA MARTIN-CHENUT (COLLEGE DE FRANCE); **PORTUGAL:** TERESA NEGREIROS

## REDAÇÃO

BRUNO BORTOLI BRIGATTO (ASSISTENTE EDITORIAL)  
LUCAS DE SOUZA C. VIEIRA E CAMILLA B. DE MEDEIROS (REVISÃO)

## missão

A Revista DIREITO GV publica artigos, resenhas, traduções e ensaios inéditos sobre temas jurídicos dogmáticos, teóricos, históricos, sociológicos ou de trabalhos de pesquisa aplicada. Em todos os casos, os textos devem analisar criticamente o objeto estudado e evitar posturas formalistas que não se preocupem com o funcionamento real das instituições.

# Revista **DIREITOGV**

v. 9 N. 2 JUL-DEZ 2013



**DIREITOGV**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

VERSÃO IMPRESSA : ISSN 1808-2432

VERSÃO ONLINE : ISSN 2317-6172

DEZEMBRO 2013

SÃO PAULO - SP

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DA

**FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**  
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
(DIREITO GV)

TIRAGEM 600 EXEMPLARES

© RDGV - REVISTA DIREITO GV, MAIO 2005 - RIO DE JANEIRO  
ED. FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
ISSN 1808-2432

**REVISTA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
(DIREITO GV) DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS**

**EDITORES**

DESDE JAN 2005, JOSÉ RODRIGO RODRIGUEZ  
INCLUI BIBLIOGRAFIA

**1. DIREITO - PERIÓDICOS. I. SÃO PAULO (CIDADE). DIREITO GV**

TODOS OS DIREITOS DESTA EDIÇÃO  
SÃO RESERVADOS À FGV.

**DISTRIBUIÇÃO**

COMUNIDADE CIENTÍFICA: 350 EXEMPLARES  
LIVRARIAS: 250 EXEMPLARES

ACEITAMOS PERMUTA / *EXCHANGE DESIRED*

**PROJETO GRÁFICO**

MARCELO GUERREIRO  
ULTRAVIOLETA DESIGN

**EDITORAÇÃO ELETRÔNICA**

ULTRAVIOLETA DESIGN

**PRODUÇÃO INDUSTRIAL**

IMPRESSÃO E ACABAMENTO: RR DONNELLEY  
DATA DE IMPRESSÃO: DEZEMBRO 2013  
TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

**APOIO**

CONSELHO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO  
CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO (CNPQ)

**PERIODICIDADE**

SEMESTRAL

**CORRESPONDÊNCIA**

RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR - BELA VISTA  
CEP 01330-000 - SÃO PAULO - SP - BRASIL  
TEL. (11) 3799-2172  
EMAIL: REVISTADIREITOGV@FGV.BR

# Revista DIREITO GV

## *National Council of Justice: balances and perspectives*

*THE RELEVANCE OF THE GENERALIST  
JUDGE'S DISCRETIONARY LIMITS*

*THE LEGAL CAPITAL AND THE LITIGATION CYCLE*

*SOCIAL FUNCTION IN POSSESSORY  
GUARDIANSHIP OF LAND CONFLICTS*

*PUBLIC TRANSPARENCY AND THE NORMATIVE  
PERFORMANCE OF CNJ*

*THE CNJ AND THE DISCOURSES OF LAW AND DEVELOPMENT*

*GOOD GOVERNANCE AND THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL*

*IN SEARCH OF JUSTICE FOR THE YOUNG:  
THE PROBLEMATIC ARTICULATION BETWEEN PUBLIC POWERS*

## *Other themes*

*THE CONCEPT OF TAX: A COMPARATIVE PERSPECTIVE BRAZIL-SPAIN*

*NOTES ABOUT LIMITS THE EXERCISE OF PATERNAL  
PUNISHMENT IN THE ANCIEN RÉGIME*

## **Conselho Nacional de Justiça: balanços e perspectivas**

**A RELEVÂNCIA DOS LIMITES DISCRICIONÁRIOS  
DO JUIZ GENERALISTA**

**IGOR DE LAZARI, CARLOS BOLONHA  
E HENRIQUE RANGEL: 417**

**O CAPITAL JURÍDICO E O CICLO DA LITIGÂNCIA**

**IVO TEIXEIRA GICO JR.: 435**

**FUNÇÃO SOCIAL NA TUTELA POSSESSÓRIA  
EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS**

**MARCUS EDUARDO DE CARVALHO DANTAS: 465**

**TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E A ATUAÇÃO  
NORMATIVA DO CNJ**

**ROSANE LEAL DA SILVA, PATRÍCIA ADRIANI HOCH  
E LUCAS MARTINS RIGHI: 489**

**O CNJ E OS DISCURSOS DO DIREITO  
E DESENVOLVIMENTO**

**IVAN CANDIDO DA SILVA DE FRANCO  
E LUCIANA GROSS CUNHA: 515**

**GOOD GOVERNANCE E O  
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

**ANTONIO CÉSAR BOCHENEK, VINICIUS DALAZOANA  
E VINICIUS RAFAEL RISSETTI: 535**

**EM BUSCA DE JUSTIÇA AO JOVEM:  
A DIFÍCIL ARTICULAÇÃO ENTRE OS PODERES**

**KARYNA BATISTA SPOSATO  
E MARISA MENESES DE ANDRADE: 555**

## **Outros temas**

**CONCEPTO DE TRIBUTO:  
UNA PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL-ESPAÑA**

**JOSÉ MARCOS DOMINGUES  
E CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ: 573**

**NOTAS SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO  
DE CORREÇÃO PATERNAL NO ANTIGO RÉGIME**

**ALAN WRUCK GARCIA RANGEL: 615**



*THE JUDICIAL HEARING IN ACTION: AN ETHNOGRAPHY OF  
THE INTERACTIONS BETWEEN JURISTS AND LAY PEOPLE*

**A AUDIÊNCIA JUDICIAL EM AÇÃO:  
UMA ETNOGRAFIA DAS INTERAÇÕES ENTRE  
JURISTAS E JURISDICIONADOS NA FRANÇA**

*PEDRO HEITOR BARROS GERALDO: 635*

*PUBLIC POLICY-MAKING ARENAS:  
A NEW NATIONAL POLICY ON MENTAL HEALTH*

**ARENAS DE PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:  
A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL**

*JOÃO CAUBY DE ALMEIDA JÚNIOR: 659*

*CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY  
OF THE BRAZILIAN AMNESTY LAW*

**CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE  
DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA**

*WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG: 681*

*THE POSITIVE OR CONVENTIONAL LAW, ITS NATURE:  
THE CREATIVE AND DERIVED CHARACTER OF HUMAN LAWS*

**EL DERECHO POSITIVO O CONVENCIONAL,  
SU NATURALEZA: EL CARÁCTER CREATIVO  
(CONSTITUTIVO) Y DERIVADO DE LAS LEYES HUMANAS**

*SEBASTIÁN CONTRERAS AGUIRRE: 707*

*THE CONTROL OF CONVENTIONALITY:  
ANALYSIS IN COMPARATIVE LAW*

**EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:  
ANÁLISIS EN DERECHO COMPARADO**

*GONZALO AGUILAR CAVALLO: 721*



## SOBRE OS AUTORES

Université de Strasbourg, França  
Bâtiment L'Escarpe, 11 rue du Maréchal Juin, 67046  
Strasbourg – France  
[alan.wruck@gmail.com](mailto:alan.wruck@gmail.com)

### *Alan Wruck Garcia Rangel*

DOUTORANDO VINCULADO AO *CENTRE DE DROIT PRIVÉ  
FONDAMENTAL, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG (FRANÇA)*  
*ATTACHÉ TEMPORAIRE D'ENSEIGNEMENT ET DE  
RECHERCHE (ATER)* NA MESMA UNIVERSIDADE

Rua Balduino Taques, n. 810  
Centro – 84010-050  
Ponta Grossa – PR – Brasil  
[cesarbochenek@hotmail.com](mailto:cesarbochenek@hotmail.com)

### *Antonio César Bochenek*

PROFESSOR E COORDENADOR DO GRUPO  
DE PESQUISAS EM DIREITO DO CESCAGE  
PROFESSOR DA ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL DO PARANÁ  
DOUTOR EM DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA NO SÉCULO XXI  
PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

R. Dias Ferreira, n. 25, ap. 401  
Leblon – 22431-050  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
[bolonhacarlos@gmail.com](mailto:bolonhacarlos@gmail.com)

### *Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha*

PROFESSOR ADJUNTO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO  
E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

C/Viena, n. 3, 4º A, 10.001  
Cáceres – España  
[ccheca@unex.es](mailto:ccheca@unex.es)

### *Clemente Checa González*

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA



Bellavista, nº 0121  
Providencia  
Santiago – Chile  
[gonzalo.aguilar@unab.cl](mailto:gonzalo.aguilar@unab.cl)

### *Gonzalo Aguilar Cavallo*

PROFESOR DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
VALPARAÍSO Y ANDRÉS BELLO (CHILE)  
POSTDOCTORADO EN EL MAX PLANCK INSTITUTE FOR  
COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW  
(HEIDELBERG, ALEMANIA)  
DOCTOR EN DERECHO (ESPAÑA)  
MASTER EN DERECHOS HUMANOS Y  
DERECHO HUMANITARIO (FRANCIA)  
MAGISTER EN RELACIONES INTERNACIONALES (ESPAÑA)

R. Adriano, n. 66, ap. 40  
Todos os Santos – 20735-060  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
[henriquerangelc@gmail.com](mailto:henriquerangelc@gmail.com)

### *Henrique Rangel da Cunha*

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DO RIO DE JANEIRO

R. Senador Vergueiro, n. 203, ap. 1.111  
Flamengo – 22230-000  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
[igorlazari@ufrrj.br](mailto:igorlazari@ufrrj.br)

### *Igor de Lazari Barbosa Carneiro*

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DO RIO DE JANEIRO

Rua Caracá, n. 250  
Alto de Pinheiros – 05447-130  
São Paulo – SP – Brasil  
[ivan.csfranco@gmail.com](mailto:ivan.csfranco@gmail.com)

### *Ivan Candido da Silva de Franco*

MESTRANDO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO  
NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA  
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (DIREITO GV)



SRTVS, Qd. 701, Bl. O, n. 110, Salas 563-566  
Ed. Centro Multiempresarial – 70340-000  
Brasília – DF – Brasil  
[gico@dsg.com.br](mailto:gico@dsg.com.br)

### *Ivo Teixeira Gico Jr.*

PROFESSOR NO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB)  
DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)  
DOUTOR EM ECONOMIA PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)  
MESTRE COM HONRA MÁXIMA PELA COLUMBIA LAW SCHOOL

Universidade Federal do Pará  
Avenida Augusto Corrêa, S/N  
Cidade Universitária – 66075-110  
Belém – PA – Brasil  
[jcaubyj@ufpa.br](mailto:jcaubyj@ufpa.br)

### *João Cauby de Almeida Júnior*

PRÓ-REITOR DE DESENVOLVIMENTO E GESTÃO DE PESSOAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

Rua Senador Vergueiro, 159, 9º andar  
Flamengo – 22230-000  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
[jm.domingues@globo.com](mailto:jm.domingues@globo.com)

### *José Marcos Domingues*

PROFESSOR DE DIREITO FINANCEIRO DA  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROFESSOR ADJUNTO DA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DE PETRÓPOLIS

Universidade Tiradentes  
Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)  
Avenida Murilo Dantas, n. 300  
Campus Farolândia, Bloco F – 49032-490  
Aracaju – Sergipe – Brasil  
[karyna.sposato@pq.cnpq.br](mailto:karyna.sposato@pq.cnpq.br)

### *Karyna Batista Sposato*

COORDENADORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT) /  
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS  
DOUTORA EM DIREITO



Rua São Vicente Pallotti, n. 32  
Patronato – 97020-680  
Santa Maria – RS – Brasil  
[lucas@rsflorescoelhoerighi.adv.br](mailto:lucas@rsflorescoelhoerighi.adv.br)

### *Lucas Martins Righi*

PÓS-GRADUADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO E EMPRESARIAL  
PELA UNIVERSIDADE ANHANGUERA  
GRADUADO EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
INTEGRANTE DO NÚCLEO DE DIREITO INFORMACIONAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA

Rua Rocha, n. 233, 11º andar  
São Paulo – SP – Brasil  
[luciana.cunha@fgv.br](mailto:luciana.cunha@fgv.br)

### *Luciana Gross Cunha*

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (DIREITO GV)

Campus Universitário  
Rua José Lourenço Kelmer, s/n  
São Pedro – 36036-330  
*Juiz de Fora – MG – Brasil*

### *Marcus Eduardo de Carvalho Dantas*

PROFESSOR ADJUNTO II DA FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA (UFJF-MG)  
PÓS-DOUTORANDO EM DIREITO CIVIL (UERJ/CNPQ)  
DOUTOR EM DIREITO CIVIL (UERJ)  
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL E  
TEORIA GERAL DO ESTADO (PUC-RIO)

Universidade Tiradentes  
Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)  
Avenida Murilo Dantas, n. 300  
Campus Farolândia, Bloco F – 49032-490  
Aracaju – Sergipe – Brasil  
[mah.deandrade@hotmail.com](mailto:mah.deandrade@hotmail.com)

### *Marisa Meneses de Andrade*

GRADUANDA EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT)



Rua Coronel Valença, n. 21  
Passo da Areia – 97020-180  
Santa Maria – RS – Brasil  
[patricia.adriani@hotmail.com](mailto:patricia.adriani@hotmail.com)

### *Patrícia Adriani Hoch*

ACADÊMICA DO CURSO DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
INTEGRANTE DO NÚCLEO DE DIREITO INFORMACIONAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA

Rua Presidente Pedreira, 62  
Ingá – 24210-470  
Niterói – RJ – Brasil  
[pedrogeraldo@id.uff.br](mailto:pedrogeraldo@id.uff.br)

### *Pedro Heitor Barros Geraldo*

PROFESSOR ADJUNTO DO DEPARTAMENTO DE  
SEGURANÇA PÚBLICA DA FACULDADE DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSITÉ MONTPELLIER 1  
PESQUISADOR DO INCT-INEAC (INSTITUTO DE ESTUDOS  
COMPARADOS EM ADMINISTRAÇÃO INSTITUCIONAL DE CONFLITOS)

Rua Appel, n. 64, ap. 602  
Centro – 97015-030  
Santa Maria – RS – Brasil  
[rosaneleals@terra.com.br](mailto:rosaneleals@terra.com.br)

### *Rosane Leal da Silva*

COORDENADORA DO NÚCLEO DE DIREITO INFORMACIONAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
PROFESSORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO FRANCISCANO  
PROFESSORA ADJUNTA DO CURSO DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA,  
COM ATUAÇÃO NA GRADUAÇÃO E Mestrado  
DOUTORA EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Álvaro del Portillo 12455  
Las Condes  
[sca@uandes.cl](mailto:sca@uandes.cl)

### *Sebastián Contreras Aguirre*

DOCTOR EN FILOSOFÍA  
PROFESOR-INVESTIGADOR DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, CHILE



Rua Assis Brasil, n. 707  
Jardim Carvalho – 84015-380  
Ponta Grossa – PR – Brasil  
[viniciusdalazoana@yahoo.com.br](mailto:viniciusdalazoana@yahoo.com.br)

*Vinicius Dalazoana*

PÓS-GRADUANDO EM DIREITO TRIBUTÁRIO  
PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
PESQUISADOR VINCULADO À ACADEMIA BRASILEIRA  
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Rua Balduino Taques, n. 810  
Centro – 84010-050  
Ponta Grossa – PR – Brasil  
[vinicius.risetti@yahoo.com.br](mailto:vinicius.risetti@yahoo.com.br)

*Vinicius Rafael Risetti*

ACADÊMICO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO  
PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA

Rua Euclides da Cunha, n. 233  
Nova América – 13417-660  
Piracicaba – SP – Brasil  
[walter.claudius@terra.com.br](mailto:walter.claudius@terra.com.br)

*Walter Claudius Rothenburg*

PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA  
NO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROFESSOR DE MESTRADO E DOUTORADO  
NA INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO (ITE)



## CARTA DO EDITOR

Esta edição da Revista DIREITO GV apresenta um dossiê composto de textos selecionados a partir de uma chamada nacional de artigos, feita em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ). O objetivo da chamada foi estimular a comunidade acadêmica a produzir textos sobre a atuação do CNJ e sobre as questões que o preocupam. Os sete textos que compõem o dossiê e este volume da Revista apresentam um panorama bastante amplo dos problemas enfrentados pela Justiça brasileira, além de discutirem criticamente algumas ações concretas do CNJ. Além destes textos, a revista publica também uma série de artigos sobre temas variados.

Começamos pelo dossiê CNJ. “A relevância dos limites discricionários do juiz generalista” de Igor de Lazari, Carlos Bolonha e Henrique Rangel discute as vantagens da especialização de juízes e as Varas judiciais para a segurança jurídica, tendo em vista o grande espaço para a atuação judicial diante de textos jurídicos abertos. “O capital jurídico e o ciclo da litigância” de Ivo Teixeira Gico Jr. procura explicar para o comportamento da litigância no Brasil a partir da consideração do direito como um bem de capital e instrumentos da análise econômica do direito.

Em “Função social na tutela possessória em conflitos fundiários”, Marcus Eduardo de Carvalho Dantas faz uma análise da jurisprudência do TRF-1 para descobrir o sentido atribuído ao conceito constitucional “função social da propriedade” nos casos que tratam de conflitos fundiários. “Transparência

pública e a atuação normativa do CNJ” de Rosane Leal da Silva, Patrícia Adriani Hoch e Lucas Martins Righi analisa a atuação do CNJ para efetivação dos deveres de transparência pública ativa e passiva da Administração Pública em relação ao Poder Judiciário.

Em “O CNJ e os discursos do direito e desenvolvimento”, Ivan Candido da Silva de Franco e Luciana Gross Cunha testam a aplicabilidade da literatura no campo do Direito e Desenvolvimento em uma faceta específica da Reforma do Judiciário: o controle disciplinar exercido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) por meio de uma revisão de literatura e uma análise das medidas adotadas por este órgão.

“*Good governance* e o Conselho Nacional de Justiça” de Antonio César Bochenek, Vinicius Dalazoana e Vinicius Rafael Rissetti mostra a importância de boas práticas de administração dos Tribunais para que o CNJ realize seus objetivos. Encerrando o dossiê, “Em busca de justiça ao jovem: A difícil articulação entre os Poderes” de Karyna Batista Sposato e Marisa Meneses de Andrade analisa o alcance das iniciativas levadas a cabo pelo CNJ através do Programa Justiça ao Jovem.

Além do Dossiê CNJ, publicamos nesta edição textos que comparam o conceito de tributo no Brasil e na Espanha, discutem os limites ao exercício do direito de correção paternal no Antigo Regime, fazem uma etnografia da interação entre juristas e jurisdicionados na França, discutem a nova política

nacional de saúde mental, a Lei de Anistia brasileira, procuram construir critérios para identificar normas de direito positivo inspirados no jusnaturalismo, e analisam o controle de convencionalidade no direito comparado.

Boa leitura!

## O Editor

### EDITOR'S LETTER

*This edition of DIREITO GV Law Review presents a dossier of articles selected through a national call for papers, that was elaborated in partnership with the National Justice Council [Conselho Nacional de Justiça – CNJ]. The purpose of the call was to encourage the academic community to produce texts on the performance of CNJ and on issues that concern this institution. The seven texts selected present a broad overview of the problems faced by Brazilian Justice and critically discuss some concrete measures taken by CNJ. In addition to these texts, the journal also publishes articles on varied topics.*

*Let's begin by the "CNJ dossier". "The Relevance of The Generalist Judge's Discretionary Limits" by Igor Lazari, Carlos Bologna and Henrique Rangel discusses the advantages of the specialization of Judges and Judicial branches to legal certainty in a context of great room for judicial discretion. "The Legal Capital and the Litigation Cycle" by Ivo Teixeira Gico Jr. seeks to explain the behavior of litigation in Brazil with the*

*tools of the economic analysis of Law, treating Law as a capital asset.*

*In "Social Function in Possessory Guardianship of Land Conflicts", Marcus Eduardo de Carvalho Dantas analyzes the jurisprudence of TRF-1 to discover the meanings attributed by this court to the constitutional concept "social function of property" in cases of land disputes. "Public Transparency and the Normative Performance of CNJ" by Rosane Leal da Silva, Patricia Adriani Hoch and Lucas Martins Righi studies the performance of the CNJ in enforcing the duties of active and passive public transparency of the Judiciary power.*

*"The CNJ and the Discourses of Law and Development" by Ivan Cândido da Silva Franco and Luciana Gross Cunha tests the applicability of L&D literature to a specific aspect of the Judicial Reform, the disciplinary control exercised by the CNJ, through a review of the literature and an analysis of the CNJ performance.*

*"Good Governance and the National Justice Council" by Antonio Cesar Bochenek, Vinicius Dalazoana and Vinicius Rafael Rissetti shows the importance of the promotion of good administrative practices for CNJ to accomplish its goals. Closing the dossier, "In Search of Justice for the Young: the Problematic Articulation between Public Powers" by Karyna Batista Sposato and Marisa Meneses de Andrade examines the scope of the initiatives undertaken by CNJ through the Youth Justice Program.*

*In addition to the "CNJ dossier", this edition also publishes articles that compare the concept of tax in Brazil and Spain, discuss the limits to the exercise of parental correction in the "Ancien Régime", present an ethnography of interaction between jurists and lay people in France, discuss the new*

*Brazilian national mental health policy and the Brazilian Amnesty Law, present criteria to identify positive Law inspired by natural Law theories and finally, analyze the conventionality control in comparative Law.*

*Good reading!*

*The Editor*



**Conselho Nacional de Justiça:**  
balanços e perspectivas



## A RELEVÂNCIA DOS LIMITES DISCRICIONÁRIOS DO JUIZ GENERALISTA \*

Igor de Lazari, Carlos Bolonha e Henrique Rangel

THE RELEVANCE OF THE GENERALIST JUDGE'S  
DISCRETIONARY LIMITS

### RESUMO

A PRÁTICA JUDICIAL DEPARA-SE COM UMA TENSÃO MARCANTE ENTRE A DISCRICIONARIEDADE NORMATIVA E AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS DO JUDICIÁRIO. ISSO SIGNIFICA QUE HÁ GRADAÇÕES DE CLAREZA NOS DIPLOMAS LEGAIS QUE PODEM EXIGIR MAIOR OU MENOR GRAU DE ESPECIALIZAÇÃO DOS ATORES RESPONSÁVEIS POR SUA APLICAÇÃO. SURTEM PROBLEMAS DESSA TENSÃO, DESTACANDO-SE OS MOMENTOS EM QUE HÁ MAIOR ABERTURA À DISCRICIONARIEDADE SEM QUE HAJA UMA ESPECIALIZAÇÃO PROPORCIONAL. A CLAREZA NORMATIVA, CUJA AUSÊNCIA ATÉ PODE SER COMBATIDA COM A ESPECIALIZAÇÃO, POR SI SÓ EVITA PROBLEMAS RELATIVOS A UM PODER DISCRICIONÁRIO DESMEDIDO E À DISSONÂNCIA JURISPRUDENCIAL. QUANDO A FALTA DE CLAREZA NORMATIVA SE IMPÕE À PRÁTICA DA INTERPRETAÇÃO JUDICIAL, O QUE SE OBSERVA É UM QUADRO DE INSEGURANÇA JURÍDICA SIGNIFICATIVA QUE ATUALMENTE SE BUSCA SUPERAR POR MEIO DE MECANISMOS DE UNIFORMIZAÇÃO DECISIONAL. O BRASIL TRAZ EXEMPLOS DE GRANDE INFLUÊNCIA NA ATIVIDADE JUDICIÁRIA COMO AS SÚMULAS, OS ENUNCIADOS E AS SÚMULAS VINCULANTES. APESAR DA RESISTÊNCIA QUE SE APRESENTA A ESTAS ÚLTIMAS, SOBRETUDO EM NOME DA INDEPENDÊNCIA DOS JUÍZES, ATÉ MESMO PAÍSES DE TRADIÇÃO DO *COMMON LAW* DESENVOLVEM NOVOS INSTRUMENTOS. OS *GUIDELINES* INGLESES ENFRENTAM O PROBLEMA DA FALTA DE CLAREZA E CONCORREM PARA UMA SITUAÇÃO DE MAIOR CONSONÂNCIA DECISIONAL SUSTENTANDO A IDEIA CRIADA DE *RULE OF COURTS*.

### PALAVRAS-CHAVE

JUIZ GENERALISTA; CLAREZA NORMATIVA; DISCRICIONARIEDADE NORMATIVA; CAPACIDADES INSTITUCIONAIS; DISSONÂNCIA JUDICIAL.

### ABSTRACT

THE JUDICIAL PRACTICE FACES A TENSION BETWEEN NORMATIVE DISCRETION AND INSTITUTIONAL CAPACITIES OF THE JUDICIARY. IT MEANS THAT THERE ARE CLARITY GRADUATIONS OF THE STATUTORY TEXT WHICH CAN FORCE DIFFERENT SPECIALIZATION LEVELS OF THE ACTORS RESPONSIBLE FOR APPLYING THE LAW. SOME PROBLEMS ARISE FROM THIS TENSION, SPECIALLY A GREATER DISCRETION WITHOUT A PROPORTIONAL SPECIALIZATION. THE LEGAL CLARITY, WHOSE LACK CAN BE COUNTERED BY SPECIALIZATION, REDUCES PROBLEMS IN RELATION TO AN UNDUE DISCRETIONARY POWER AND TO JURISPRUDENTIAL DISSONANCE BY ITSELF. WHEN THE LACK OF LEGAL CLARITY IS OVER JUDICIAL INTERPRETATION, A SIGNIFICANT INSECURITY FRAME IS VERIFIED, IN ORDER TO BE SURPASSED BY DECISIONAL UNIFORMITY MECHANISMS. BRAZIL BRINGS EXAMPLES OF SIGNIFICANT INFLUENCE ON ITS JURISDICTIONAL PRACTICE, AS THE SÚMULAS, THE ENUNCIATES, AND THE BINDING SÚMULAS (BINDING SUMMARIZED DECISIONS). DESPITE OF THE RESISTANCE PRESENTED TO THE LATTER, MAINLY BASED ON THE JUDGES' INDEPENDENCE, EVEN COUNTRIES OF THE COMMON LAW TRADITION DEVELOP NEW METHODS. THE BRITISH GUIDELINES FACE THE LACK OF LEGAL CLARITY PROBLEM AND PROMOTE A DECISIONAL CONSONANCE SITUATION WHICH SUPPORTS THE IDEA OF RULE OF COURTS.

### KEYWORDS

GENERALIST JUDGE; NORMATIVE CLARITY; NORMATIVE DISCRETION; INSTITUTIONAL CAPACITIES; JUDICIAL DISSONANCE.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda a discussão relativa à formação generalista e especializada do juiz e sua atividade jurisdicional. O escopo não é defender este ou aquele perfil, mas analisar alguns dos problemas que emergem da tensão entre a discricionariedade normativa e as capacidades institucionais. O problema é que, em muitos casos, prerrogativas discricionárias são atribuídas a juízes generalistas para suprir as lacunas normativas – intencionais ou acidentais. Estes, por mais que possam preencher o conteúdo em relação às circunstâncias do caso concreto, encontram-se diante de um impasse relativo à profundidade de seu conhecimento em determinadas matérias. O debate acerca dessa atuação do juiz em particular tem despertado a atenção da teoria constitucional americana. Alguns autores se dedicam à compreensão do problema sob um viés primário, e outros sob o prisma instrumental.<sup>1</sup> A questão torna-se relevante por sua pertinência à própria construção de uma jurisprudência. No Brasil, contudo, essa temática tem sido negligenciada no debate doutrinário.

A perspectiva de análise em âmbito doméstico mostra-se distinta, haja vista tradições jurídicas divergentes – *Common Law* e o *Civil Law* –, especialmente no trato formal-normativo. A tradição do *Common Law* é permissiva a uma postura formalista, apesar de esse modelo interpretativo ser frequentemente caracterizado pejorativamente, associado à rigidez e à falta de sofisticação.<sup>2</sup> A preponderância e *status* de que goza o *texto normativo* nos países de tradição continental, entretanto, é manifesta. Tal fato repercute diretamente na atividade judicial e molda *stricto sensu* – enquanto instituição – a própria acepção de *juiz* e, extensivamente, seus epítetos “generalista” ou “especializado”. Não se trata, meramente, da compreensão etimológica do termo *juiz*, mas de seus pressupostos: sobretudo, capacidades institucionais e limites discricionários.

## I AS CAPACIDADES INSTITUCIONAIS: O GENERALISTA E O ESPECIALIZADO

Para fins de familiarização, entenda-se por juiz generalista – e, analogamente, tribunal generalista – aquele a quem não se designa matéria específica; porquanto, supostamente, não dispõe de elevados graus de especialização. O juiz generalista é o que se coloca ante uma corte de jurisdição geral e julga qualquer disputa que surja diante dele (OLDFATHER, 2011). Face à hodierna sociedade crescentemente especializada, essa figura é eventualmente adjetivada como *anacrônica* (OLDFATHER, 2011). Antagonicamente, juiz especializado e, extensivamente, corte ou tribunal especializado, tem por lide objeto específico e limitado. Por especializar-se em determinado assunto, pressupõem-se capacidades institucionais mais amplas e aprimoradas nos juízes especializados quando comparados aos generalistas, no que se refere à fidelidade textual.<sup>3</sup>

Nos Estados Unidos da América (EUA), os juízes generalistas são celebrados nas cortes federais, e a sua desejabilidade e importância são frequentemente sustentadas,

sendo vasta a doutrina que suporta essa orientação.<sup>4</sup> Verifique-se, para tanto, a asserção da Juíza Federal Diane Wood, ao qual saudariam muitos juízes federais: “nós precisamos de juízes generalistas mais do que nunca nas cortes federais dos Estados Unidos” (WOOD, 1997) *apud* (CHENG, 2008, p. 521) – admitindo, por conseguinte, que o sistema federal preservou determinados valores precisamente por ter resistido ao tipo de profissionalização e especialização que outros adotaram. Apesar de se tratar da orientação cultivada majoritariamente nos tribunais americanos, o *generalist judge* talvez não mereça o epíteto mencionado, a ponto de Cheng descrevê-lo como um *mito* (CHENG, 2008). Óbvio que a adjetivação não passa de recurso retórico, mas fato é que em alguns momentos juízes generalistas comportam-se de maneira mais especializada do que gostariam de admitir (CHENG, 2008). Afinal, juízes federais norte-americanos são compelidos a lidar com uma grande variedade de casos, insertos ou não em sua perícia. Suas opiniões explicitam a prévia argumentação e denunciam o que poderia ser descrito como *falácia generalista*.<sup>5</sup> A jurisprudência revela, como nota Cheng, que as opiniões de alguns juízes (auto)declarados generalistas afastam-se consideravelmente dos limites que corroborariam objetivamente dita caracterização (CHENG, 2008). A especialização em ordem prática exige uma alteração do discurso teórico, sobretudo quanto aos pressupostos *competencionais*, isto é, capacidades institucionais e limites discricionários.

Em níveis teóricos, a estrutura judiciária de determinado Estado molda, gratuitamente, o estereótipo do *juiz ideal*, que não passa de uma utopia mas constitui objetivo infindo e inatingível de precisado tribunal. Isto é, em certa corte especializada, nenhum juiz é dotado de tamanha especialização a ponto de prever adequadamente todos os *efeitos dinâmicos* decorrentes de sua atividade discricionária, como esclarecem (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).<sup>6</sup> Analogamente, nenhum juiz generalista o é a ponto de envolver em seu círculo competente todo e qualquer caso de maneira unívoca, haja vista os limites periciais de que supostamente dispõe (CHENG, 2008).

A partir da exposição prévia, torna-se silogística a associação do discurso generalista emanado dos juízes federais americanos e a estrutura judicial federal, predominantemente generalista. Note-se que a justiça especializada americana organizou-se tão somente quanto às questões militares. Porquanto, a estrutura jurídica implica naturalmente a celebração de juízes generalistas, uma vez mais “aptos” ao trato de situações disformes. Por outro lado, é plausível a deseabilidade de juiz especializado em cortes, de mesmo modo, especializadas. Tomem-se, por exemplo, ainda em âmbito norte-americano, as cortes estaduais especializadas (1ª Instância), quando a matéria versa sobre família e trânsito, e as cortes especializadas em matéria fiscal na esfera federal. Para que se torne mais clara a prévia exposição, tomemos como exemplo a especialização na medicina. Espera-se, ao se dirigir a uma clínica ortopédica, tratar com um ortopedista que, dotado de elevado grau de especialização, seja capaz de identificar e, eventualmente, curar algum mal. No entanto, quando

se tem dúvidas acerca da especialização médica competente, recorre-se a um clínico geral que, apesar de amplos conhecimentos médicos, limitar-se-á a mero prognóstico e, geralmente, recomendará um especialista. É incompatível a clínica ortopédica com um clínico geral, sendo válida a recíproca. A análise anterior rodeia a estrutura da justiça americana, aplicando-se apropriadamente e sem óbices à nossa própria, desde que tomados os cuidados advertidos.

## **2 A FALTA DE CLAREZA NORMATIVA:**

### DA DISCRICIONARIEDADE À DISSONÂNCIA JUDICIAL

A justiça especializada brasileira – Justiça do Trabalho, Eleitoral e Militar – também é convidativa a juízes especializados, ao passo que as Justiças Federal e Estadual – exce-tuando-se os foros e varas especializadas de 1ª Instância, aos quais se imputa a dese-jabilidade àqueles – estabelecem fronteiras adequadas à lida generalista. Entenda-se que o conhecimento das estruturas judiciárias mencionadas é de extrema relevância para o debate, mas não constituem elemento essencial; mormente acessório.

No trato teórico, a associação entre tribunais e juízes não enseja uma falácia. No entanto, em efeitos práticos, o recurso metonímico, isto é, a designação do conteúdo pelo continente, especialmente nas cortes e tribunais generalistas, nem sempre se sus-tenta. Em outras palavras, o fato de determinada corte apresentar-se como generalista não pressupõe a mesma postura de seus juízes. Retomando o exemplo médico, nada tolhe a possibilidade de um clínico geral especializar-se, formal ou informalmente, em determinada área médica – como a ortopedia, de modo que seus conhecimentos em muito se aproximem ou mesmo superem aqueles de um ortopedista, apesar de conservar o título clínico geral e perseverar nessa área médica. Remonta-se, assim, à construção do *mito* do juiz generalista elaborada por Cheng. No entanto, não seja des-construída a terminologia, pois mesmo que fortuitamente se adote postura especializada em demasia, retém-se o atributo geral.

A ideia do juiz generalista é também objeto de Sunstein e Vermeule, no que diz respeito aos *efeitos dinâmicos* e *capacidades institucionais* (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002). Consoante os autores, juízes generalistas não possuem idoneidade para julgar além dos limites formais, pois carecem de capacidade para prever os *efeitos dinâmicos* de sua fuga. A possibilidade de fazê-lo é maximizada quando se tem por agentes juí-zes especializados.<sup>7</sup> Mas, se as opiniões dos juízes generalistas comparam-se *com muita frequência* – como alerta Pitofsky – às opiniões de corpos especializados, con-cordemos que em determinados momentos não há que se falar de limitação de idoneidade.<sup>8</sup> Assim, suas divisas discricionárias eventualmente são tão amplas ou em muito se aproximam daquelas dos juízes especializados.

Admitamos, no entanto, que um juiz generalista seja, em geral, de fato, menos capaz; isto é, disponha de capacidades institucionais menos aprimoradas ou reduzidas

quanto àquelas de juízes especializados.<sup>9</sup> Sua incapacidade é tão extensa quanto maior o grau de subjetividade do texto legal – entenda-se essa discussão prioritariamente em âmbito Continental.<sup>10</sup> Isso significa que as capacidades são tão somente mensuradas se o texto promove perguntas como “o que quis dizer o legislador?”. Ou, ainda, “qual a forma mais adequada de compreender o significado do texto estatutário?”. A *zona de penumbra* da norma, por exemplo, é campo de labor ao qual não deve se atirar o juiz generalista, pois se conjectura que não o faça com êxito.<sup>11</sup> Deve, portanto, limitar-se ao significado evidente, seguindo estritamente os eixos formais. Problema é que até mesmo o significado evidente não se faz a todo o momento claro.

Observa-se uma problemática acerca da clareza normativa (entenda-se, por clareza, ausência de lacunas – ou vagueza, incoerência e inadequação), particularmente no Brasil. No Direito nacional há inclusive legislação pertinente às regras de produção normativa.<sup>12</sup> Por outro lado, essa discussão pouco interessa aos realistas, para os quais – destaquem-se Oliver Holmes e Karl Llewellyn<sup>13</sup> – o Direito, enquanto Ciência, consiste em prever a conduta dos tribunais, isto é, as decisões judiciais, de onde se compreende-se que o direito não é mais do que um certo conjunto dessas decisões, ou produto prático do direito – *Law in action* (POUND, 1910).

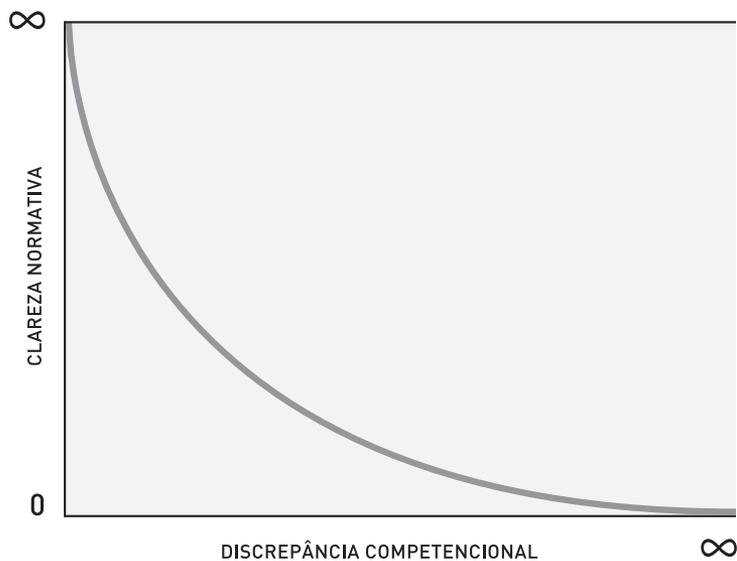
Sistemas jurídicos substancialmente distintos exigem conceitos suficientemente próprios. Não há como se compreender o debate generalista norte-americano exatamente sob as mesmas perspectivas. Pode-se observar que, nos EUA, os juízes, em regra generalistas, buscam a partir de interesses e afinidades próprios tornarem-se profundos conhecedores de determinada matéria. Deve-se considerar que o exemplo brasileiro distingue-se da motivação unicamente subjetiva. Notado o problema da falta de clareza, pode-se afirmar que a precariedade textual-normativa é fator que contribui significativamente para a especialização dos juízes. Veja-se que o problema não é o estrito formalismo, mas a sua esquivia quanto ao estabelecimento de limites interpretativos; trata-se do tênue limite entre *construção* e *reconstrução* de significados, visto que “interpretar é construir a partir de algo (os textos normativos), por isso significa reconstruir”.<sup>14</sup> De onde conclui-se que o juiz generalista tem maior propensão a cometer falhas quanto aos limites adequados à *reconstrução*. Capacidade institucional [re-constitutiva] que se percebe apossada, ou ao menos em maior intensidade, nos juízes especializados. Pode-se associar, dessa forma, o conhecimento das fronteiras reconstrutivas à percepção dos *efeitos dinâmicos*.

De qualquer forma, o nível de especialização dos juízes deve ser mantido como variável secundária. O debate generalista é insuficiente para por si só compreender o arcabouço jurisprudencial brasileiro e o que dele se extraia. A discussão textual-interpretativa demanda espaço, pois ao contrário dos americanos não estamos confortáveis quanto à questão hermenêutica; adversariamente, não seria tamanha a dissonância judicial.<sup>15</sup> O produto dos Tribunais não pode ser entendido se abandonados os eixos formais e tomados como protagonistas os juízes. Em uma cultura

jurídica que atribui pouca relevância aos precedentes, seja feito claro o texto, pois ele é primordial; o grau de especialização é acessório, sabendo-se que os operadores do direito são, ou ao menos deveriam ser, ordinariamente instrumentais (eufemismo para coadjuvante).<sup>16</sup> Note-se que a supremacia do texto não enseja a mecanização do direito, até porque é incapaz disso. A submissão ao texto significa obedecer aos limites aceitáveis à reconstrução; não se trata meramente de transformar-se em um operador de equações silogísticas óbvias.<sup>17</sup>

É mister a compreensão de que “clareza” distancia-se de “tipificação”. Tome-se como exemplo o Código Penal Brasileiro, de excessiva tipificação porém incapaz de estabelecer limites adequados à compreensão de determinado *fattispecie* por *Tentativa de Homicídio* ou *Lesão Corporal Grave*, por exemplo.<sup>18</sup> A dissonância jurisprudencial para a prévia classificação tem por variável primária a falta de clareza de normativa e, secundariamente, o grau de especialização dos juízes. Possivelmente, um juiz alocado em determinada Vara de Família, especialista em conflitos domésticos, compreenderia com maior perícia certo litígio no qual o marido agride a esposa, e a mesma capacidade institucional seria despercebida por outro recém-admitido. O ônus da problemática institucional desloca-se, do discurso generalista irradiado singularmente na propriedade e interesses subjetivos dos juízes, no qual as capacidades institucionais têm por única variável o grau de especialização, para a problemática formal-textualista, que tem por variável primária a clareza normativa.<sup>19</sup> Logo, a destreza dos operadores deve ser tomada tão somente como fator agravante (um texto pode parecer menos claro para um intérprete especializado que para um generalista), visto que a graduação permite-se unicamente à sombra da esquiua normativa (os *gaps* textuais). Dessa forma, no âmbito brasileiro, são preferíveis normas claras a juízes especialistas, até porque a clareza normativa é suficiente para suprimir barreiras competenciais inevitavelmente erguidas entre juízes especializados e generalistas. Não se defende a preeminência de juízes especialistas frente a generalistas, mesmo porque estes podem dispor de considerável especialização em determinadas matérias – além, é claro, de dispor de deseabilidade em determinados tribunais. Afirma-se, no entanto, que inclusive em casos mais complexos, nos quais elevado grau de especialização mostrar-se-ia convidativo, textos claros são invariavelmente a melhor opção.

É possível associar as variáveis anteriormente citadas tanto graficamente quanto por meio de formulações:



$$\text{CLAREZA NORMATIVA} = \frac{1}{\text{DISCREPÂNCIA COMPETENCIONAL}}$$

[ou então]

$$\text{CLAREZA NORMATIVA} = \text{DISCREPÂNCIA COMPETENCIONAL}^{-1}$$

Isto é, a discrepância competencial entre juízes generalistas e especializados é inversamente proporcional à amplitude da clareza normativa. Em se tratando de normas com alto nível de clareza, não há que se falar em capacidades institucionais e, como anteriormente identificado, de dissonâncias decisórias. Por outro lado, normas dotadas de obscuridade ensejam mensuração de capacidades institucionais e pressupõem altos níveis de dissonância.

A arguição que possivelmente constrói-se a partir do exposto, especialmente quanto à submissão ao texto, é que essa mecânica funcional do Direito aparentemente pressuponha “super-legisladores”, isto é, incapazes de cometer falhas ou equívocos e suficientemente competentes para idealizar toda e qualquer situação-tipo, de modo que a norma pertinente aplique-se sem prejuízos. Antes de refutar essa ideia, note-se

que “super-legisladores” não são menos utópicos do que “super-juízes”. Não se sustenta a exigência do heroísmo na aplicação do Direito – *tríade divina*: onipotência, onisciência e ubiquidade. Não sejamos metafísicos: pressupor elevados níveis de especialização dos juízes, de forma que operem como remédio às lacunas normativas, é insustentável. Por um lado, é inegável que pressupostos funcionais dos juízes não se limitam a operações silogísticas.<sup>20</sup> Por outro lado, não parece adequada uma (re)criação do direito a cada nova decisão proferida.<sup>21</sup> Interpretações inovadoras devem ser de caráter excepcional, e o afastamento da incidência legal não deve ser tomado como prática ordinária.

### 3 A SUPERAÇÃO DO BINÔMIO DISCRICIONARIEDADE-DISSONÂNCIA

A discussão interpretativa, associada às competências institucionais dos juízes, é, a propósito, objeto de discussão entre Dworkin e Hart, preponderantemente no trato da discricionariedade, cujas acepções e existência, em sentidos forte ou fraco, constituem epicentro conflituoso.<sup>22</sup> Mas não se faz relevante a divergência, interessando-nos aquilo no que convergem os autores. Ambos, Dworkin e Hart, concordam que – ressalvadas as distinções conceituais – ausentes elementos normativos de vinculação (lacunas), a discricionariedade se enrobustece (SHAPIRO, 2007; IKAWA, 2004). Dworkin, por um lado, nega a possibilidade de discricionariedade em sentido forte, isto é, a que se estabelece nas situações lacunosas e implica, para Hart, na criação de um novo direito pelos juízes. Dworkin defende que, mesmo nos casos carentes de disposição normativa (*Hard Cases*), remanesce a cargo do juiz descobrir quais os direitos das partes. No entanto, assume também que juízes razoáveis irão normalmente discordar quanto àqueles direitos. Se há tamanha dissonância, há que se admitir que gozam os juízes de maior discricionariedade no trato dos *Hard Cases*. O que ocorre é a adoção de Dworkin de uma acepção distinta para o termo *discrção*.<sup>23</sup> Hart, por outro lado, refere-se à *discrção em sentido forte*, praticada quando indeterminada ou incompleta a lei,<sup>24</sup> corroborando a ideia de que menores níveis de clareza ensejam maior força discricionária. Carecem, contudo, a teoria construtivista de Dworkin e a teoria positivista de Hart de individualização dos magistrados, tomados como instituição genérica e equânime, o que, com efeito, não se verifica. Portanto, a discricionariedade, que consiste para Dworkin em “discover what the rights of the parties are”, ou, para Hart, em “make new law and apply the established law which both confers and constrains his [the judge’s] law-making powers”, obtém maior sucesso tanto maior o grau de especialização daquele que chamamos *juiz discreto*. Este, por sua vez, pode se tratar de um juiz especializado na matéria obscura ou de um juiz generalista dotado de alguma especialização.

Quando analisadas as capacidades institucionais do Legislativo brasileiro em particular, o desempenho dessa função é alvo de severas críticas. Apesar de uma cultura

jurídica formalista, como a nossa própria, espontaneamente incentivar um Legislativo judicioso, sabedor do prestígio da norma e, portanto, do ônus consubstanciado, não é exatamente o que se tem verificado. Considera-se um indício da falta de clareza na produção normativa nacional o grande número de súmulas nos tribunais e enunciados das turmas de uniformização de jurisprudência. O que se verifica, afinal, é um judiciário legislador, que na busca pela padronização do entendimento – ou interpretação – normativo, lança mão da súmula, “uma síntese de todos os casos, parecidos, decididos da mesma maneira, colocada por meio de uma proposição direta e clara. A súmula não possui caráter cogente, servindo apenas de orientação para futuras decisões”,<sup>25</sup> com exceção é claro, da súmula vinculante, “mecanismo que impede juízes de instâncias inferiores de decidir de maneira diferente do Supremo Tribunal Federal nas questões nas quais este já tenha firmado entendimento definitivo”.<sup>26</sup>

O que se objetiva, na verdade, é identificar que os Tribunais Superiores têm buscado a uniformização das decisões, o que se mostra necessário precisamente pela dissonância jurisprudencial, resultado de normas insuficientemente claras e juízes dotados de diferentes patamares de especialização. Apesar de alvo de críticas, a súmula vinculante mostra-se uma interessante opção. É questionada, sobretudo, pelo “encolhimento” dos limites interpretativos dos juízes de instâncias inferiores; mas note-se que essa permissividade interpretativa é responsável pelo próprio dissenso. Ao que parece, não é sensato pressupor que juízes sejam minimamente razoáveis – razoabilidade que se relaciona intimamente às capacidades institucionais e, da mesma forma, à especialização. Não haveria de se objetivar a concessão de amplos limites discricionários, ou seja, “mínimo normativo”, contanto que todo e qualquer tribunal especializado dispusesse de juízes da mesma forma especializados e que também todo e qualquer tribunal generalista, em regra tribunais superiores, dispusessem de juízes da mesma forma generalistas, eventualmente dotados de certo grau de especialização. Mas é evidente que se trata de uma estrutura mitificada. Em suma, é preferível a limitação dos limites discricionários pelo cabresto normativo à insegurança jurídica.

A positivação jurisprudencial vinculativa mostra-se coerente com sistemas jurídicos de tradição Continental, que têm por corolário o formalismo positivista. Por outro lado, aparenta não se adequar apropriadamente a países da tradição do *Common Law*, até porque nesse âmbito jurídico precedentes naturalmente detêm força vinculativa, e o estrito formalismo não é ainda, de forma geral, tão bem-vindo. Todavia, não é o que se verifica (parcialmente) com a criação de órgãos como os Conselhos de Sentença. Tome-se, como exemplo, o *Conselho de Sentença para Inglaterra e País de Gales*, produto de empreendimento do Judiciário do Reino Unido, que assegurando independência dos poderes, propõe-se produzir *guidelines*. Até o ano de 2013, as *guidelines*, limitadas a vinte e cinco, todas de caráter penal, buscaram unificar as decisões e mitigar dissonância jurisprudencial.<sup>27</sup> Para tanto, apresentaram-se com disposições prolixas e detalhadas acerca das “entranhas” normativas.<sup>28</sup> Entre os aspectos abordados,

podem-se elencar os fatores agravantes (*additional aggravation factors*),<sup>29</sup> os fatores atenuantes (*additional mitigating factors*),<sup>30</sup> conceituação de verbetes e orações empregados<sup>31</sup> e as orientações de imputação penal (*sentencing range*).<sup>32</sup>

Curioso é o fato de que até mesmo a tradição de *Common Law* mostrou-se receptiva a instrumentos orientadores de sentença, ao passo que súmulas vinculantes são alvo de crítica no Brasil. De fato, apesar de compartilharem dos mesmos objetivos, as súmulas vinculantes e as *guidelines* não são igualmente estruturados. Aquelas mostram-se explicitamente impositivas e inibem flexibilização, além de serem demasiadamente limitadas; estas últimas abarcam amplamente determinado dispositivo, e criam expectativas normativas claras que uma única súmula vinculante é incapaz de provocar. O contexto e a tradição jurídica brasileira mostram-se, dessarte, extremamente receptivos a um Conselho de Sentença, e apresentariam, haja vista a tradição jurídica nacional, efeitos positivos que não se podem alcançar no âmbito do *Common Law*. A interpretação que se sustenta em *guidelines*, se já não clara a norma, enaltece fronteiras competencionais entre generalistas e juízes especializados, e pressupõe, porquanto, uniformidade jurisprudencial e expectativas judiciais presumíveis.

O sistema jurídico não anseia por “super-juízes” (apesar de serem eficazes). Deseja, em verdade, um ordenamento claro o suficiente para que a devida aplicação da lei os dispense. A partir do momento em que um generalista e um especialista equanimemente decidam, não há mais que se utilizar desses epítetos.

## CONCLUSÃO

A prática judicial apresenta uma tensão marcante entre a discricionariedade normativa e as capacidades institucionais do Judiciário. É possível envolver na discussão as figuras do juiz generalista e do juiz especializado. Nos EUA, há uma grande preponderância das cortes generalistas, porém é necessário observar que o epíteto “generalista” deve ser tomado com maior cautela: os juízes, por razões subjetivas de interesse ou afinidade própria, podem tornar-se especialistas em determinadas matérias, desconstruindo o caráter daqueles (auto)intitulados generalistas.

A especialização integra a tensão mencionada quando observado que a discricionariedade pode derivar, em grande frequência, da falta de clareza do texto legal. Deve-se considerar que a mesma é um fator que agrava a aplicação textual-normativa, podendo ser admitida como pressuposto de aprimoramento e ampliação das capacidades institucionais dos juízes. Quando observado que o quadro brasileiro em particular depara-se com uma produção normativa que pouco atende a regras técnicas de confecção, é possível considerar que a especialização deriva primariamente da necessidade de suprir a ausência de clareza e, secundariamente, da propriedade e interesses subjetivos.

A falta de clareza normativa não deve ser vista somente como um fator que, no Brasil, contribui para – ou força – a especialização dos juízes. Mas também, seja pelo

entendimento de que há uma recriação do direito ou de que há uma discricionariedade em sentido forte, é pressuposto da ampliação dos limites discricionários do juiz. Tal prerrogativa permite que se encontrem, ao longo dos tribunais, decisões de situações bem próximas em sentidos bem díspares. A conclusão que se pode extrair é que a falta de clareza normativa não somente compele os juízes a se especializarem mas, ainda, contribui significativamente para a dissonância jurisprudencial.

Observa-se, também, que os resultados negativos desse problema de clareza normativa são enfrentados por meio de mecanismos de uniformização jurisprudencial. No Brasil, onde a situação parece ser mais crítica, proliferam-se as súmulas, os enunciados e as súmulas vinculantes. Sendo estas últimas de caráter vinculante, são alvo de duras críticas, sustentada sua ameaça à independência da atuação dos juízes. Na Inglaterra, onde a questão hermenêutica de definir a possibilidade de excepcionais inaplicações da lei é marcante, surge uma alternativa no campo judicial que representa a imposição de limites discricionários ao poder, que aparentam favorecer a consonância jurisprudencial. A formulação de *guidelines* pelo Conselho de Sentença para a Inglaterra e País de Gales (hodiernamente adotado por outros países da tradição da *common law*, e.g. Estado Unidos) apresenta-se como um mecanismo de controle do poder discricionário dos juízes benéfico à própria segurança jurídica. Essa atuação do Judiciário na construção normativa que tende a crescer perante os problemas da falta de clareza textual-normativa em garantia do valor da legalidade compartilha do conceito de *Rule of Courts*.

: ARTIGO APROVADO [02/12/2013] : RECEBIDO EM 29/11/2011

## NOTAS

\* Este artigo foi elaborado no âmbito do Grupo de Pesquisa Teoria da Constituição e Teoria das Instituições (GP-TCTI) da UFRJ e recebe o apoio financeiro da Fundação Carlos Chagas Filho de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro no âmbito do Edital n. 9 de 2011, com o projeto intitulado *Teoria das Instituições: “Comunidade de Instituições” como uma proposta de modelo institucional em suas atividades e capacidades deliberativas na ordem institucional de direito* (Processo n. E-26/111.832/2011).

1 Sob viés primário, considerem-se (OLDFATHER, 2011) e (CHENG, 2008); sob viés instrumental, considere-se (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002).

2 “Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is formalist. The answer to that is, *of course it’s formalistic!* The rule of law is *about* form [...] A murderer has been caught with blood on his hands, bending over the body of his victim; a neighbour with a video camera has filmed the crime and the murderer has

confessed in writing and on videotape. We nonetheless insist that before the state can punish this miscreant, it must conduct a full-dress criminal trial that results in a verdict of guilty. Is that not formalism? Long live formalism! It is what makes us a government of laws and not of men" (SCALIA, 1997, p. 25). Para uma visão próxima do que sustenta o *Justice*, é possível observar Frederick Schauer: "I do not argue that formalism is always good or that legal systems ought often or even ever be formalistic. Nevertheless, I do want to urge a rethinking of the contemporary aversion to formalism [...] My goal is only to rescue formalism from conceptual banishment" (SCHAUER, 2010, p. 32). No mesmo sentido, (ALBERSTEIN, 2009).

3 "For similar reasons a court staffed by generalist judges might do better, all else equal, by sticking to the apparent or common meaning of texts, by and by eschewing empirically ambitious innovations in statutory policy. A specialized court, by contrast, would often do better with antiformalist interpretive techniques that give free play to the court's superior appreciation of legislative intentions, interest group deals, statutory policies, and social and economic consequences" (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 29).

4 Esta vasta doutrina pode ser encontrada na segunda nota de rodapé do texto de (CHENG, 2008, p. 521).

5 De acordo com Robert Pitofsky, da Comissão Federal do Comércio americana, opiniões dos juízes generalistas comparam-se com muita frequência às opiniões de corpos especializados – como o dele próprio, conforme encontrado em (HOLMES, 2004).

6 Não as relacionam diretamente, mas a associação se faz evidente: "If judges update successfully more often than not, and if textualist interpretation causes legislatures to spend most of their time correcting mistaken (because wooden or mechanical) judicial interpretations, then textualism would prove inferior to dynamic interpretation" (SUNSTEIN; VERMEULE, 2002, p. 18).

7 Ver nota n. 3.

8 A frequência não se mostra de tal maneira desmedida: as análises de Cheng demonstraram que menos de 5% das opiniões externadas por juízes em seu âmbito de estudo apresentaram-se favoráveis à especialização (que, de fato, podem em muito se aproximar daquelas de corpos especializados), ultrapassando por completo, porquanto, os limites que descrevera como *no observable specialization* (CHENG, 2008, p. 534-540).

9 Tomar como verossímil premissa correspondente não enseja argumento *back in the question*. É o que se pode concluir dos estudos de Sunstein e Vermeule, bem como de Cheng. Aqueles evidenciam tal postura em se tratando de discrepância competencial (ver nota 3), e este último abre espaço às generalizações, se admitidos juízes generalistas como a regra e juízes especializados, ou posturas especializadas adotadas por generalistas, a exceção.

10 Pode-se afirmar que a relevância atribuída que se atribuiu ao *case* nos EUA é um fator que reduz o dilema hermenêutico do *Law in books* e *Law in action* (POUND, 1910).

11 Para o conceito de *zona de penumbra*, (HART, 1994). Observe-se a influência dessa categoria nos trabalhos de Sunstein e Vermeule (2002).

12 A produção normativa deve ser balizada por alguns parâmetros legais encontrados na Lei Complementar n. 95 de 1998, em particular: "Art. 11. As disposições normativas serão redigidas com *clareza, precisão e ordem lógica*, observadas, para esse propósito, as seguintes normas: *I - para a obtenção de clareza*: a) usar as palavras e as expressões em seu sentido comum, salvo quando a norma versar sobre assunto técnico, hipótese em que se empregará a nomenclatura própria da área em que se esteja legislando; b) usar frases curtas e concisas; c) construir as orações na ordem direta, evitando preciosismo, neologismo e adjetivações dispensáveis; d) buscar a uniformidade do tempo verbal em todo o texto das normas legais, dando preferência ao tempo presente ou ao futuro simples do presente; e) usar os recursos de pontuação de forma judiciosa, evitando os abusos de caráter estilístico; *II - para a obtenção de precisão*: a) articular a linguagem, técnica ou comum, de modo a ensejar perfeita compreensão do objetivo da lei e a permitir que seu texto evidencie com clareza o conteúdo e o alcance que o legislador pretende dar à norma; b) expressar a ideia, quando repetida no texto, por meio das mesmas palavras, evitando o emprego de sinonímia com propósito meramente estilístico; c) evitar o emprego de expressão ou palavra que confira duplo sentido ao texto; d) escolher termos que tenham o mesmo sentido e significado na maior parte do território nacional, evitando o uso de expressões locais ou regionais; e) usar apenas siglas consagradas pelo uso, observado o princípio de que a primeira

referência no texto seja acompanhada de explicitação de seu significado; f) grafar por extenso quaisquer referências a números e percentuais, exceto data, número de lei e nos casos em que houver prejuízo para a compreensão do texto; g) indicar expressamente o dispositivo objeto de remissão, em vez de usar as expressões 'anterior', 'seguinte' ou equivalentes; *III - para a obtenção de ordem lógica*: a) reunir sob as categorias de agregação – subseção, seção, capítulo, título e livro – apenas as disposições relacionadas com o objeto da lei; b) restringir o conteúdo de cada artigo da lei a um único assunto ou princípio; c) expressar por meio dos parágrafos os aspectos complementares à norma enunciada no *caput* do artigo e as exceções à regra por este estabelecida; d) promover as discriminações e enumerações por meio dos incisos, alíneas e itens” (grifo nosso).

13 Para uma referência de Holmes sobre o tema, (HOLMES, 1881). Para uma referência de Llewlyn, (LLEWELLYN, 1950).

14 “Daí dizer que interpretar é construir a partir de algo, por isso significa reconstruir: a uma, porque utiliza como ponto de partida os textos normativos, que oferecem limites à construção de sentidos; a duas, porque manipula a linguagem, à qual são incorporados núcleos de sentido [...] A conclusão trivial é a de que o Poder Judiciário e a Ciência do Direito constroem significados, mas enfrentam limites cuja desconsideração cria um descompasso entre a previsão constitucional e o direito constitucional concretizado. Compreender “provisória” como *permanente*, “trinta dias” como *mais de trinta dias* [...] não é concretizar o texto constitucional” (ÁVILA, 2005, p. 25).

15 É necessário que se adicione aos critérios motivadores de dissonância de Posner (diferenças ideológicas e tribunal do qual é integrante o juiz) o elemento “clareza normativa”, para que se faça sua discussão compatível com a nossa.

16 Os precedentes não têm caráter vinculativo (salvo pelas súmulas vinculantes).

17 “Não há dúvida de que os tribunais formulam suas decisões de modo a dar impressão de que estas são a consequência necessária de normas predeterminadas cujo significado é fixo e claro. Em casos muito simples isto pode ser verdadeiro; mas, na vasta maioria dos casos que transtornam os tribunais nem a legislação nem os precedentes nos quais as normas estão supostamente contidas permitem um resultado único” (HART, 2009, p. 15).

18 Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2.848 de 1940). Para compreender o conflito mencionado anteriormente, deve-se conferir, em particular, art. 121 c/c art. 14 com art. 129, *caput*, §§ 1º, 2º e 3º.

19 A nocividade textualista, a propósito, impeliu a corrente realista americana que, introduzida por Holmes, sustentara ceticismo quanto às regras (*rule skepticism*) e indeterminação da Lei (*indeterminacy of Law*).

20 “(...) porque ocorre de os tribunais (ou certos tipos de tribunais) terem de resolver casos abstratos, isto é, suas decisões podem não consistir simplesmente em condenar X a pagar uma certa quantidade de dinheiro ou em absolver Y de um determinado delito, mas também em declarar que uma determinada lei é inconstitucional, que um regulamento é ilegal ou que uma determinada norma deve ser interpretada num determinado sentido” (ATIENZA, 2003, p. 19).

21 Difere-se *criação* da *reconstrução*, pois enquanto esta tem por ponto de partida o texto normativo, aquela é totalmente inovadora. Não se trata de reconstruir um direito dado, mas, de fato, de dar o direito. Esta preocupação é partilhada por Dworkin, nas situações de vagueza ou indeterminação normativa, e contrariada por Hart, que atribui poder legiferante ao juiz, nas mesmas circunstâncias, como se pode aferir na seguinte passagem: “Herbert thinks that when the positive rules of Law are vague or indeterminate, the litigants have no institutional right at all, so that any decision he might reach is a piece of fresh legislation” (DWORKIN, 1977, p. 129). É possível observar, ainda, que “[a] principal preocupação de Dworkin é afastar a possibilidade da edição, por parte do juiz, de leis novas, *ex post facto*, desconsiderando, desse modo, direitos individuais pré-existentis” (IKAWA, 2004, p. 100).

22 “Hart and Dworkin did disagree about whether judges have strong discretion in hard cases (...). Hart held that judges must sometimes exercise strong discretion because he takes the law to consist in those standards socially designated as authoritative. Dworkin, on the other hand, believes that judges do not have strong discretion precisely because he denies the centrality of social guidance to determining the existence or content of legal rules” (SHAPIRO, 2007, p. 17).

23 “I shall argue that even when no settled rule disposes on the case, one party may nevertheless, have a right to win. It remains the judge’s duty, even in hard cases, to discover what the rights of the parties are, not to invent new rights

retrospectively. I should say at once, however, that it is no part of this theory that any mechanical procedure exists for demonstrating what the rights of the parties are in hard cases. On the contrary, the argument supposes that reasonable lawyers and judges will often disagree about political rights” (DWORKIN, 1977, p. 81).

24 “The sharpest direct conflict between the legal theory of this book and Dworkin’s theory arises from my contention that in any legal system there will always be certain legally unregulated cases in which on some point no decision either way is dictated by the law and the law is accordingly partly indeterminate or incomplete. If in such cases the judge is to reach a decision and is not, as Bentham once advocated, to disclaim jurisdiction or to refer the points not regulated by the existing law to the legislature to decide, he must exercise his *discretion* and *make law* for the case instead of merely applying already pre-existing settled law. So in such legally unprovided-for or unregulated cases the judge both makes new law and applies the established law which both confers and constrains his law-making powers” (HART, 1994, p. 272).

25 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

26 Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/agencia/noticias/84545.html>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

27 “The Sentencing Council for England and Wales promotes greater consistency in sentencing, whilst maintaining the independence of the judiciary. The Council produces guidelines on sentencing for the judiciary and aims to increase public understanding of sentencing. Sentencing guidelines provide a structured approach to determining the appropriate sentence while still allowing for judicial discretion. This allows judges and magistrates in different courts to be consistent in their approach to sentencing and allows for greater transparency in the sentencing decision”. Disponível em: <<http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk>>. Acesso em: 26 nov. 2011.

28 O *fattispecie* tomado como exemplo (*Causing death by dangerous driving*) está previsto no *Road Traffic Act* de 1988, Section 1, e é considerado ofensa séria pelos propósitos da *Criminal Justice Act* de 2003, Section 224.

29 São fatores agravantes adicionais para o crime *Causing death by dangerous driving*: “1. Previous convictions for motoring offenses, particularly offenses that involve bad driving or consumption of excessive alcohol or drugs before driving; 2. More than one person killed as a result of the offense; 3. Serious injury to one or more victims, in addition to the death(s); 4. Disregard of warnings; 5. Other offenses committed at the same time, such as driving other than in accordance with the terms of a valid license; driving while disqualified; driving without insurance; taking a vehicle without consent; driving a stolen vehicle; 6. The offender’s irresponsible behaviour such as failing to stop, falsely claiming that one of the victims was responsible for the collision, or trying to throw the victim off the car by swerving in order to escape; 7. Driving off in an attempt to avoid detection or apprehension” (UNITED KINGDOM, 2008, p. 11).

30 São fatores mitigadores adicionais para o crime *Causing death by dangerous driving*: “1. Alcohol or drugs consumed unwittingly; 2. Offender was seriously injured in the collision; 3. The victim was a close friend or relative; 4. Actions of the victim or a third party contributed significantly to the likelihood of a collision; 5. The offender’s lack of driving experience contributed to the commission of the offense; 6. The driving was in response to a proven and genuine emergency falling short of a defense” (UNITED KINGDOM, 2008, p. 11).

31 Veja-se, por exemplo, o que deve ser entendido por *effect of alcohol or drugs*: “(a) consumption of alcohol above the legal limit; (b) consumption of alcohol at or below the legal limit where this impaired the offender’s ability to drive; (c) failure to supply a specimen for analysis; (d) consumption of illegal drugs, where this impaired the offender’s ability to drive; (e) consumption of legal drugs or medication where this impaired the offender’s ability to drive (including legal medication known to cause drowsiness) where the driver knew, or should have known, about the likelihood of impairment” (UNITED KINGDOM, 2008, p. 3).

32 O *sentencing range* para o crime de *Causing death by dangerous driving* é o que segue: “7 – 14 anos de prisão para natureza de ofensa Nível 1: “The most serious offenses encompassing driving that involved a deliberate decision to ignore (or a flagrant disregard for) the rules of the road and a apparent disregard for the greater danger being caused by others”; 4-7 anos de prisão para natureza de ofensa Nível 2: “Driving that created a substantial risk or danger”; e 2-5 anos de prisão para natureza de ofensa Nível 3: “Driving that created a substantial risk or danger [Where the driving is markedly less culpable than for this level, reference should be made to the starting point and range for the most serious level of causing death by careless driving]” (UNITED KINGDOM, 2008, p. 11).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBERSTEIN, Michal. "Measures of Legal Formalism". *Bar-Ilan University Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 04-09, 2009.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teorias da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2003.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BARNETT, Randy. "Scalia's infidelity: a critique of faint-hearted originalism". *Boston School of Law Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 06-01, 2006.
- BICKEL, Alexander. "Foreword: the passive virtues". *Harvard Law Review*, Vol. 75, 40, 1961.
- \_\_\_\_\_. "The role of the Supreme Court of the United States". *Texas Law Review*, Vol. 44, 954, 1966.
- CHENG, Edward. "The Myth of the Generalist Judge". *Stanford Law Review*, Vol. 61, 519, 2008.
- CUNHA, José Ricardo. "Fundamentos Axiológicos da Hermenêutica Jurídica". In: BOUCAULT, Carlos; RODRIGUEZ, José (Orgs.). *Hermenêutica Plural: possibilidades jusfilosóficas em contextos imperfeitos*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1977.
- \_\_\_\_\_. "The Court's embarrassingly bad decisions". *New York Review of Books*, 2011.
- EPSTEIN, Lee; FRIEDMAN, Barry; STAUDT, Nancy. "On the capacity of Roberts Court's to generate consequential precedent". *North Carolina Law Review*, Vol. 86, 2008.
- EPSTEIN, Lee; JACOBI, Tonja. "The strategic analysis of judicial decision". *Annual Review of Law and Social Science*, 2010.
- GOODIN, Robert (ed.). *The theory of institutional design*. Cambridge: Press Syndicate of the University of Cambridge, 1996.
- GRIFFIN, Stephen. *American Constitutionalism: from the theory to the politics*. Princeton: Princeton University Press, 1996.
- HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse Theory of Law and Democracy*. Translated by W. Rehg. Cambridge, MA: The MIT Press, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Direito e moral*. Lisboa: Instituto Piaget, 2008.
- HART, Herbert. *O Conceito de Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- \_\_\_\_\_. *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press, 1994.
- HOLMES, Marjorie; DAVEY, Lesley (eds.). *A practical guide to national competition rules across Europe*. The Hague: Aspen Publishers, 2004.
- HOLMES, Oliver. *Common Law*. Boston: Little Brown, and Co., 1881.
- IKAWA, Daniela R. Hart, Dworkin e Discrecionalidade. *Lua Nova*, n. 61, 2004.
- LEITER, Brian. Legal formalism and legal realism: what is the issue. *Legal Theory*, 2010. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1644110](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1644110)>. Acesso em: 3 ago. 2011.
- LEVINSON, Daryl. Parchment and politics: the positive puzzle of constitutional commitment. *Harvard Law Review*, Vol. 124, No. 3, 2011.
- LEVINSON, Daryl; PILDES, Richard. Separation of parties, not Powers. *Harvard Law Review*, Vol. 119, 1, 2006.
- LLEWELLYN, Karl. Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons About How Statutes Are To be Construed. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 3, 395-299, 1950.
- OLDFATHER, Chad. Judging, Expertise, and the Rule of Law. *Marquette University Law School Legal Studies Research Paper Series*, No. 11-07, 2011.
- PILDES, Richard. Is the Supreme Court a 'majoritarian institution'? *New York University Public Law & Legal Theory Working Papers*, No. 251, 2011.
- \_\_\_\_\_. Why the center does not hold? The causes of hyperpolarized democracy in America. *New York University Public Law & Legal Theory Working Papers*, No. 207, 2010.
- POSNER, Eric; GERSEN, Jacob. Timing rules and legal institutions. *Chicago Law School Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 172, 2007.
- POSNER, Richard. Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Chicago John M. Olin Law & Economics Working Paper Series*, No. 510, 2010.
- \_\_\_\_\_. Foreword: a political Court. *Harvard Law Review*, Vol. 119, 31, 2005.
- \_\_\_\_\_. Judicial autonomy in a political environment. *Arizona State Law Journal*, Vol. 38, 1, 2006.
- \_\_\_\_\_. No thanks, we already have our own Laws: the Court should never view a foreign legal decision as a precedent in any way. *Legal Affairs*, Vol. 40, 2004.
- \_\_\_\_\_. Reply: the institutional dimension on statutory and constitutional interpretation. *Michigan Law Review*, Vol. 101, 952, 2003.

- \_\_\_\_\_. The role of the judge in the twenty-first century. *Boston Law Review*, Vol. 86, 1049, 2006.
- POUND, Roscoe. Law in books and Law in action. *American Law Review*, Vol. 44, 12, 1910.
- SCALIA, Antonin. *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*. Princeton: Princeton University Press, 1997.
- SCHAUER, Frederick. Formalism. In: MAY, Larry; BROWN, Jeff (eds.). *Philosophy of Law: classical and contemporary readings*. West Sussex: Willey-Blackwell Publishing, 2010.
- \_\_\_\_\_. On extrajudicial constitutional interpretation. *Harvard Law Review*, Vol. 110, 7, 1997.
- \_\_\_\_\_. Foreword: the Courts agenda-and nation's. *Harvard Law Review*, Vol. 120, 4, 2006.
- \_\_\_\_\_; ALEXANDER, Larry. Defending Judicial Supremacy: a reply. *Constitutional Commentaries*, Vol. 17, 455, 2000.
- \_\_\_\_\_; ALEXANDER, Larry. Law's limited domain confronts morality's universal empire. *San Diego Legal Studies Research Papers Series*, No. 07-44, 2006.
- SHAPIRO, Scott. The "Hart-Dworkin" Debate: A Short Guide for the Perplexed. *University of Michigan Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 77, March, 2007.
- SUNSTEIN, Cass. If people would be outraged by their rulings, should judges care. *Stanford Law Review*, Vol. 60, 155, 2007.
- \_\_\_\_\_. Beyond judicial minimalism. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 237, 2008.
- \_\_\_\_\_. Burkean minimalism. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 116, 2006.
- \_\_\_\_\_. Irreversibility. *Law, Probability and Risk*, Vol. 9, 227, 2010.
- \_\_\_\_\_. Irreversible and catastrophic. *Chicago Public Law & Legal Theory Working Papers Series*, No. 88, 2005.
- \_\_\_\_\_. *One case at a time: judicial minimalism in the Supreme Court*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999.
- \_\_\_\_\_. Some effects of moral indignations on Law. *Vermont Law Review*, Vol. 33, 405, 2009.
- \_\_\_\_\_. Testing minimalism: a reply. *Michigan Law Review*, Vol. 104, 129, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Why Groups Go to Extreme*. AEI Center for Regulatory and Markets Studies, 2008.
- \_\_\_\_\_; MEADOW, William. Statistics, not experts. *Duke Law Journal*, Vol. 51, 629, 2001.
- \_\_\_\_\_; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, No. 28, 2002.
- TREMBLAY, Luc. The legitimacy of Judicial Review: the limits of dialogue between Courts and Legislatures. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 3, 4, 2005.
- UNITED KINGDOM. *Sentencing Guidelines Council: Causing Death by Driving*. Londres: Sentencing Council for England and Wales, 2008. Disponível em: <[http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web\\_causing\\_death\\_by\\_driving\\_definitive\\_guideline.pdf](http://sentencingcouncil.judiciary.gov.uk/docs/web_causing_death_by_driving_definitive_guideline.pdf)>. Acesso em: 26 nov. 2011.
- VERMEULE, Adrian. Foreword: system effects and the Constitution. *Harvard Law Review*, Vol. 123, 4, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Judging under uncertainty: an institutional theory of legal interpretation*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2006.
- \_\_\_\_\_. Judicial Review and institutional choice. *William & Mary Law Review*, Vol. 43, 1557, 2001.
- WALDRON, Jeremy. When is knowing less better than knowing more: unpacking the controversy of Supreme Court reference to non-US Law. *Minnesota Law Review*, Vol. 90, 1275, 2006.
- \_\_\_\_\_. Refining the question about judges' moral capacity. *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7, 1, 2009.
- WHITINGTON, Keith. Extrajudicial constitutional interpretation: three objections and responses. *North Carolina Law Review*, Vol. 80, 2002.
- WOOD, Diane P. Generalist Judges in a Specialized World. *Southern Methodist University Law Review*, Vol. 50, 1755-1756, 1997.

Igor de Lazari Barbosa Carneiro

R. Senador Vergueiro, n. 203, ap. 1.111  
Flamengo - 22230-000  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[igorlazari@ufrrj.br](mailto:igorlazari@ufrrj.br)

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DO RIO DE JANEIRO

*Carlos Alberto Pereira das Neves Bolonha*

R. Dias Ferreira, n. 25, ap. 401  
Leblon - 22431-050  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[bolonhacarlos@gmail.com](mailto:bolonhacarlos@gmail.com)

PROFESSOR ADJUNTO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO DO ESTADO  
E DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

*Henrique Rangel da Cunha*

R. Adriano, n. 66, ap. 40  
Todos os Santos - 20735-060  
Rio de Janeiro - RJ - Brasil  
[henriquerangelc@gmail.com](mailto:henriquerangelc@gmail.com)

GRADUANDO EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE FEDERAL  
DO RIO DE JANEIRO



## O CAPITAL JURÍDICO E O CICLO DA LITIGÂNCIA \*

Ivo Teixeira Gico Jr.

THE LEGAL CAPITAL AND THE LITIGATION CYCLE

### RESUMO

ESTE ARTIGO EXPLORA A POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO COMO UM BEM DE CAPITAL E AS IMPLICAÇÕES DESSA INTERPRETAÇÃO PARA A COMPREENSÃO DO COMPORTAMENTO AGREGADO DA LITIGIOSIDADE BRASILEIRA. A TEORIA INDICA QUE PODE HAVER UMA RELAÇÃO DIRETA ENTRE O ESTOQUE REAL DE CAPITAL JURÍDICO EM UM DETERMINADO ORDENAMENTO E O COMPORTAMENTO AGREGADO DE LITIGANTES, POIS UMA OFERTA SUBÓTIMA DE SEGURANÇA JURÍDICA GERA INCENTIVOS PRIVADOS AO LITÍGIO. ESSA INTER-RELAÇÃO DEVE GERAR UM COMPORTAMENTO CÍCLICO DE LITIGÂNCIA, NÃO OBSERVADO NO BRASIL.

### PALAVRAS-CHAVE

JUDICIÁRIO; SEGURANÇA JURÍDICA; CAPITAL JURÍDICO; CICLO DA LITIGÂNCIA; BRASIL.

### ABSTRACT

THIS PAPER EXPLORES THE INTERPRETATION OF LAW AS CAPITAL GOOD AND ITS IMPLICATIONS REGARDING THE AGGREGATE BEHAVIOR OF BRAZILIAN LITIGATION. THE THEORY INDICATES THAT THERE MAY BE A DIRECT LINK BETWEEN THE REAL STOCK OF LEGAL CAPITAL WITHIN A LEGAL ORDER AND THE AGGREGATE BEHAVIOR OF LITIGANTS, SINCE A SUBOPTIMAL OFFER OF LEGAL CERTAINTY CREATES INCENTIVES TO LITIGATE. THIS INTERRELATIONSHIP IS SUPPOSED TO GENERATE A CYCLICAL LITIGATION, WHICH IS NOT OBSERVED IN BRAZIL.

### KEYWORDS

JUDICIARY; LEGAL CERTAINTY; LEGAL CAPITAL; LITIGATION CYCLE, BRAZIL.

## INTRODUÇÃO

Todas as sociedades modernas possuem um sistema jurídico que estabelece regras de convivência. Tais regras são restrições institucionais formais que restringem o conjunto de possibilidades de cada um de seus integrantes, sendo variável o grau de sucesso alcançado por cada civilização neste esforço. É lugar-comum a concepção de que, para alcançar o desenvolvimento sustentável, é necessário que uma dada sociedade desenvolva e mantenha um sistema jurídico que funcione bem e dê sustentação a um bom sistema de governança (DAM, 2006). Nesse sentido, no início dos anos 1990, várias agências internacionais, como as Nações Unidas (COURT, HYDEN; MEASE, 2003) e o Banco Mundial (MESSICK, 1999; WORLD BANK, 2001), começaram a

investir recursos na reforma de sistemas legais e judiciários de diversos países, ainda que a importância do sistema jurídico para o desenvolvimento fosse reconhecida há muito tempo por pensadores como Max Weber (1999 [1920]), um jurista e economista de formação, e também pelos participantes do movimento *Law and Development* da década de 1960 (BURG, 1997).

Não obstante, considerando que instituições formais e informais (cfr. NORTH, 2007 [1990]) são – em larga medida – idiossincráticas a cada povo, no Brasil ainda há pouca discussão acerca de como tais instituições são criadas e quais são mais benéficas ou prejudiciais a esse empreendimento coletivo que é a busca pelo desenvolvimento. Do ponto de vista das instituições formais, há pouca pesquisa sobre como os agentes sociais se mobilizam para a criação de regras de direito (*Rule of Law*) e quais as estruturas de incentivos necessárias para que isso ocorra. Nesse contexto, o Judiciário cumpre um papel fundamental, pois o sistema legal é estruturado substancialmente sobre essa organização, e seu desempenho pode determinar, em última instância, quão bem funciona o sistema de governança da sociedade brasileira. Há evidências empíricas persuasivas de que sistemas judiciais bem estruturados contribuem para o crescimento econômico (SHERWOOD; SHEPHERD; SOUZA, 1994; PINHEIRO, 1996).

A questão é ainda mais relevante quando se reconhece que o Judiciário brasileiro está em crise há anos, passando pela CPI do Judiciário de 1999 até a recente disputa acerca da competência ou não do Conselho Nacional de Justiça – CNJ para investigar magistrados. Mas o principal aspecto do que informalmente se chama de “Crise do Judiciário” é a sua morosidade endêmica e persistente em resolver demandas judiciais. Desde a década de 1970, o Ministro do Supremo Tribunal Federal e autor do atual Código de Processo Civil – CPC, Alfredo Buzaid, já apontava para este problema (1972, p. 144 e ss.), decorrente de um descompasso entre a oferta e a demanda de serviços públicos adjudicatórios que impossibilitava o cumprimento de prazos judiciais.

O objetivo do presente artigo é propor uma teoria do comportamento do Judiciário enquanto organização em um sistema jurídico romano-germânico como o nosso, e investigar como os agentes sociais interagem para estabelecer o nível ótimo de utilização dessa tecnologia jurídica. A compreensão da inter-relação entre a formação e a depreciação das regras jurídicas, aqui consideradas uma forma de bem de capital – o capital jurídico – e seu papel definidor no ciclo da litigância, permitirá um novo entendimento de como a organização do próprio Judiciário pode contribuir para o comportamento da litigiosidade.

O texto está organizado da seguinte forma: após esta introdução, no item 1, apresentamos um rascunho de uma teoria juseconômica do Estado para demonstrar a função social do Judiciário e, em especial, sua capacidade de produzir regras jurídicas que limitem os espaços de atuação dos agentes públicos e privados, i.e., determinem

comportamentos. No item 2, discutimos como a segurança jurídica (estabilidade, uniformidade e coerência do sistema de regras) pode ser compreendida como um bem de capital, e em seguida, no item 3, discutimos os mecanismos sociais de depreciação e reposição desse capital que dará origem ao ciclo da litigância; depois desse item, seguem, então, as conclusões.

## I A FUNÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO

O problema fundamental do desenvolvimento econômico é criar um ambiente institucional, dentro das possibilidades tecnológicas e das dotações disponíveis, que fomente a cooperação, aqui entendida como a coordenação de atividades produtivas entre os agentes e trocas voluntárias. Essa abordagem possui um aspecto privado e outro público.

Do ponto de vista privado, os agentes precisam desenvolver regras que os permitam migrar do estado da natureza para a sociedade civil. No estado da natureza cada agente deve estabelecer continuamente a alocação dos recursos disponíveis entre atividades produtivas (*e.g.* caça, coleta, plantio) e atividades distributivas (*e.g.* doar, roubar, matar). A alocação ótima de recursos dependerá das características pessoais (*e.g.* força, agilidade, altura, saúde) e ambientais (*e.g.* fartura, família, presença de predadores) de cada agente.

No estado da natureza, recursos escassos devem, portanto, ser alocados entre a produção e predação (atividades distributivas involuntárias). Como as atividades predatórias e de defesa não produzem qualquer riqueza, isto é, são atividades meramente redistributivas, todos os recursos a elas alocados são desperdiçados do ponto de vista social, i.e., reduzem o bem-estar social.

Teoricamente, é possível que uma troca coercitiva gere bem-estar social líquido positivo, desde que o expropriador atribua mais utilidade ao bem que o expropriado. Todavia, se trocas coercitivas fossem permitidas, considerando que não é possível a comparação intersubjetiva de utilidade, mesmo aqueles que atribuem menor valor ao bem que seu detentor original teriam incentivos para falsear sua valorização dizendo que o valorizam mais, no intuito de adquiri-lo coercitivamente. Esse comportamento oportunista se repetiria, e ressurgiriam os incentivos para alocar recursos entre atividades predatórias e defensivas. Estaríamos de volta ao estado da natureza. Assim, é a limitação impositiva a trocas voluntárias (livres de ameaça e coerção) que garante que ambos os agentes estão se beneficiando da troca e, portanto, que o bem-estar social aumenta.

Em um cenário de trocas voluntárias, produtores e predadores poderiam melhorar sua situação se encontrassem uma forma crível de cooperar e alocassem os recursos antes destinados à predação e à proteção às atividades produtivas. Tal alocação geraria um excedente que poderia, então, ser compartilhado entre ambos os grupos de acordo com alguma regra distributiva. Obviamente, a distribuição do excedente cooperativo

dependeria do poder de barganha de cada agente, mas independentemente da distribuição, essa cooperação seria Pareto-eficiente.

Esse estado de cooperação é o que se convencionou chamar de sociedade civil e pressupõe, necessariamente, a presença de regras impostas aos agentes por alguma organização. Nas sociedades modernas, a organização que elabora e impõe essas regras é chamada Estado. Não é necessário que essa organização seja democrática para gerar bem-estar social, basta que haja a conversão do estado da natureza para a sociedade civil. Uma abordagem da história humana compatível com essa breve descrição quase hobbesiana pode ser encontrada em Acemoglu e Robinson (2006) e em North, Wallis e Weingast (2009).

A essas regras de convivência que se diferenciam da moral e dos costumes e são impostas pelo Estado se convencionou chamar direito (instituição formal). O primeiro instrumento para criar um compromisso crível de cooperação e superar o estado de natureza foi o estabelecimento do direito de propriedade. Com o estabelecimento e reconhecimento desse direito, a cada agente é informado de forma clara e precisa o que a coletividade reconhece como lhe pertencendo – logo, sobre quais recursos pode exercer seu domínio.

A definição clara do direito de propriedade de cada indivíduo libera recursos das atividades de predação e proteção e gera excedentes. Para maximizar a utilidade do agente produtor, esses excedentes precisam ser trocados com outros agentes possuidores de excedentes de outros bens, função para a qual o direito de propriedade é condição necessária (para que não haja predação), mas não suficiente.

Em trocas instantâneas, em que cada lado apresenta simultaneamente o seu produto ao outro lado, basta o estabelecimento claro e preciso do direito de propriedade para que as trocas ocorram. Estaríamos no mundo do escambo. Todavia, à medida que as trocas se tornam mais sofisticadas, as contraprestações se tornam diferidas no tempo e o número de agentes envolvidos cresce; o espaço para comportamentos oportunistas também aumenta e surge uma crise de confiança recíproca que – no limite – impede a troca (ou a expansão do mercado livre, em um vocabulário smithiano). O escambo não é mais um mecanismo suficiente e adequado para gerar a confiança mútua necessária para a superação do problema de desconfiança recíproca.

Diversas estratégias foram utilizadas ao longo da história humana para tentar superar o problema da desconfiança recíproca (DIXIT, 2007), desde reputação, guildas e controles informais até a restrição das trocas feita a membros de uma mesma ordem religiosa ou a troca de reféns como arras (para alguns exemplos, ver GREIF, 2006). Todavia, essas tecnologias negociais possuem claras limitações, como a necessidade de mecanismos pessoais de retaliação (*e.g.* ficar com um parente em garantia) ou a presença de interações reiteradas (*e.g.* reputação). Em uma sociedade moderna, na qual as interações sociais em larga medida são anônimas e uma parte substancial delas depende da interação de agentes que não se conhecem e, provavelmente, nunca

se conhecerão, tais mecanismos são precários e insuficientes para dar sustentação à ordem social tal como a conhecemos. Na presença de uma autoridade central imparcial com poder de imposição sobre os agentes negociadores (coerção), a utilização do direito contratual pode ser uma alternativa superior.

O direito contratual é uma tecnologia jurídica desenvolvida para permitir que agentes realizem promessas uns aos outros e impeçam que suas contrapartes desviem-se das promessas feitas. A ideia básica é que se os agentes realizam trocas voluntárias, benéficas *ex ante* para ambos (na opinião deles mesmos), e se um terceiro desinteressado pode impor tais obrigações assumidas na presença de tentativas de burlar o contrato (comportamento oportunista), então a possibilidade de imposição do comportamento acordado superaria o problema da desconfiança recíproca, e as partes cooperariam *ex ante* (confiariam). O direito contratual, portanto, é um instrumento de coordenação de agentes que os impede de adotar comportamentos oportunistas *ex post*, gerando assim a confiança necessária para a realização de investimento e de trocas diferidas no tempo.

O problema é que uma organização tão forte a ponto de conseguir impedir que qualquer um usurpe a propriedade de outrem e de fazer cumprir obrigações voluntariamente assumidas também é capaz de expropriar e impor obrigações, razão pela qual são necessárias limitações ao próprio poder do Estado. Tais limitações permeiam todas as áreas do direito, mas estão especialmente presentes no direito constitucional (lei fundamental que organiza o Estado), administrativo (regras sobre como proceder perante o administrado), tributário (regras sobre como expropriar para financiar) e financeiro (regras sobre como gastar os recursos arrecadados).

Além de restrições jurídicas, a estratégia organizacional adotada pela maioria das nações para limitar o poder estatal foi dividi-lo em entes relativamente autônomos, que seriam menos poderosos que o todo, os quais se controlariam e se contraporiam uns aos outros. É o que se convencionou chamar de separação dos poderes. A forma como cada sociedade escolheu para realizar tal divisão varia de país para país, mas a divisão enquanto estratégia é quase universal, principalmente em democracias.

No Brasil, a Constituição Federal estabelece que a União é formada por Poderes independentes: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Os detalhes de cada Poder estão previstos em seu Título IV – Da Organização dos Poderes, sendo instituído um Poder Legislativo, a quem compete precipuamente o poder de elaborar as leis (art. 44 e ss. da CF), um Poder Executivo, a quem compete precipuamente executar as leis e implementar as políticas públicas (art. 76 e ss. da CF) e um Poder Judiciário, a quem compete precipuamente aplicar as leis em casos de conflito (art. 92 e ss. da CF).

Em nosso sistema, as regras a serem aplicadas são (ou deveriam ser) elaboradas majoritariamente pelo Congresso Nacional, composto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado (art. 44 da CF), cujos membros são representantes eleitos do povo. Já a

execução dessas regras e das políticas públicas delas decorrentes fica preponderantemente a cargo do Presidente da República (art. 76 da CF), também eleito pelo povo (art. 77 da CF). Por fim, o Judiciário, a quem compete fazer valer as leis e a Constituição (art. 5º, inc. XXXV da CF), não é composto por representantes do povo, mas por bacharéis em direito concursados (art. 93, inc. I da CF) ou advogados e membros do Ministério Público, nomeados pelo Poder Executivo e aprovados pelo Senado Federal (art. 94, 101, § único e 104, § único da CF).

A explicação comumente oferecida para que os membros do Poder Judiciário não sejam políticos, mas burocratas, é que seu papel seria de aplicação independente das leis aprovadas pelo Poder Legislativo e pelo Executivo (veto) e, portanto, quanto mais distantes do jogo político e de suas naturais flutuações, melhor. Como a função preponderante do Judiciário é técnica, ou seja, aplicar a lei, não seria necessário e muito menos recomendável que seus integrantes tivessem interesses políticos nas causas que julgam. Os juseconomistas costumam chamar esse papel de fazer valer as regras (*enforcement*). O Judiciário tem, pois, um papel impositivo.

No intuito de estruturar uma organização o mais independente possível do jogo político, o constituinte originário não se limitou a estruturar um Judiciário formado por burocratas; ele também estabeleceu garantias para que fosse externa e internamente difícil exercer pressões políticas sobre seus membros, em especial:

- (i) a **vitaliciedade** (art. 95, inc. I da CF): um magistrado não pode ser demitido pelos demais Poderes, mas apenas pelo próprio Poder Judiciário em decisão definitiva (transitada em julgado) e em casos muito restritos;
- (ii) a **inamovibilidade** (art. 95, inc. II da CF): um magistrado não pode ser retirado de sua área de jurisdição, para que não se possa manipular o resultado dos julgamentos trocando-o por magistrado que seja favorável a uma determinada posição; e
- (iii) a **irredutibilidade de subsídios** (art. 95, inc. III da CF): um magistrado não pode ter seu salário, chamado subsídio, reduzido por seus superiores ou pelos demais Poderes.

Além dessas garantias constitucionais, outras garantias estão previstas na Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar n. 35 de 1979). Independentemente dos possíveis incentivos ao comportamento oportunista que tal estrutura de proteção possa gerar, a organização burocrática e a concessão de inúmeras garantias aos membros da magistratura têm como finalidade principal a formação de uma organização que possa desempenhar sua função impositiva (fazer valer as leis) de forma independente dos demais Poderes.

Em termos juseconômicos, é possível se compreender a estrutura brasileira de separação de poderes como um mecanismo desenhado para que o Judiciário seja uma organização em que a riqueza e o poder de seus membros (utilidade) não dependam do resultado de seus julgamentos e, portanto, que os magistrados não tenham interesse pessoal em relação ao resultado das decisões que prolatam.

A ideia é que, como a utilidade do magistrado não depende do resultado do processo, em tese os magistrados se comportariam como agentes desinteressados na implementação e proteção de barganhas políticas realizadas pelos membros dos demais Poderes convertidas em leis, bem como garantiriam que o acordo originário sobre a estrutura do próprio Estado (Constituição) não fosse violado. A existência de um terceiro desinteressado que faça valer – no longo prazo – as barganhas políticas necessárias para acomodar os interesses de uma sociedade plural tem função semelhante para os grupos políticos e para os particulares: superar o problema da desconfiança recíproca. No primeiro caso, essas barganhas chamam-se leis, e no segundo, contratos.

No espírito de proteção da sociedade civil e de limitação de poder e controle mútuo, em caso de divergência de interesses entre agente (magistrado) e principal (Executivo e Legislativo), como os demais poderes podem alinhar o comportamento dos magistrados a seus interesses políticos? A resposta da teoria jurídica tradicional é simples: o magistrado é servo e não senhor da lei, ele deve se submeter ao seu comando quando agir. Por óbvio, se a teoria jurídica tradicional funcionasse, bastaria mudar a legislação, pois como a função do Judiciário – em tese – é apenas aplicar a lei, em alterando-se o parâmetro (lei) o comportamento dos magistrados em cada julgamento também deveria ser alterado (decisão).

Essa visão é comum no meio jurídico quando se diz que, em um Estado de Direito, como o que o Estado brasileiro se propõe a ser (art. 1º da CF), o magistrado é servo e escravo da lei, e a sentença pronunciada seria fruto do silogismo desta com os fatos (subsunção). O magistrado se limitaria à aplicação e à interpretação da lei (vontade popular), independentemente de suas próprias convicções (vontade pessoal). Obviamente, essa proposição, ainda ensinada nos bancos das faculdades, não parece muito compatível com um modelo de um agente racional maximizador. Essa questão foi e tem sido debatida por inúmeros estudiosos; destacamos o alerta de Carl Schmitt (1996 [1982]), a modelagem pioneira de Cooter (1983) e de Posner (1993) e o recente estudo empírico realizado por Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011), a demonstrar que juízes são influenciados por outras questões que não apenas a lei no momento de decidir.<sup>1</sup>

Nos termos da literatura de agente-principal, na estrutura de incentivos brasileira há propensão ao surgimento de problemas de comportamento oportunista por parte dos magistrados (agentes), pois, uma vez estabelecida a sua independência, nada garante que o Judiciário se aterá ao texto da lei em vez de simplesmente passar a elaborar regras que reflitam melhor as preferências pessoais de cada magistrado.

Uma primeira resposta a esse problema de agência deveria ser a escolha pelos demais Poderes dos membros integrantes do Supremo Tribunal Federal – STF (art. 101, § único da CF), responsável pela última palavra em questões constitucionais, e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 104, § único da CF), responsável pela última palavra em questões de legalidade federal. Essa pré-seleção deveria ser suficiente para alinhar tais interesses. No entanto, como os Ministros são praticamente intocáveis (vide garantias constitucionais), uma vez escolhidos, esse mecanismo de alinhamento *ex ante* (pré-seleção) é claramente falho *ex post*.

É o que parece indicar a pouca evidência empírica a respeito, como o estudo de Jaroletto e Mueller (2011), a decisão do STF ao julgar a ADI n. 4277 e a ADPF n. 132, na qual foi reconhecida a união estável para casais do mesmo sexo, a despeito da literalidade do art. 226, §3º da CF<sup>2</sup> e do art. 1.723 do CC<sup>3</sup> e outros casos, como o da demarcação de terras em Raposa Serra do Sol (Pet 3388), o da imposição de fidelidade partidária (ADI n. 3.999 e ADI n. 4086), o da proibição de nepotismo (Súmula Vinculante n. 13) e o do uso restrito de algemas (Súmula Vinculante n. 11). Ao que tudo indica, na ausência de outros mecanismos de controle, o ativismo judicial é um resultado previsível dessa estrutura de incentivos (o que não deixa de ser um exemplo de problema agente-principal).

Essa estrutura de incentivos gera efeitos indesejáveis, tanto do ponto de vista de alinhamento entre o Executivo, o Legislativo e o Judiciário, que chamaremos de **alinhamento entre poderes**, quanto do ponto de vista de alinhamento de incentivos dentro do próprio Judiciário, que dividimos em **alinhamento horizontal** (dentro de um mesmo nível na organização judiciária) e **vertical** (entre níveis diversos na organização).

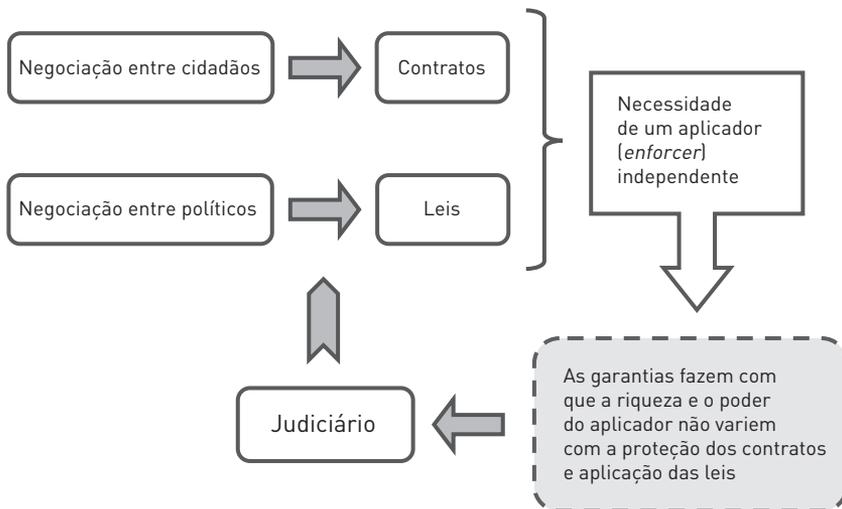
Mas, deixando de lado, por ora, os problemas de incentivos gerados pela estrutura organizacional do Judiciário brasileiro, fato é que a criação de um Estado para dar suporte à sociedade civil e a limitação do poder estatal para proteger e manter essa mesma sociedade civil são os aspectos públicos do problema fundamental de busca de mecanismos para criação da cooperação entre os agentes, cerne do desafio de desenvolvimento de todas as nações.

O Judiciário desempenha um papel central dentro desse arcabouço institucional. Do ponto de vista privado, a ele compete proteger os direitos atribuídos a cada cidadão, inclusive o direito de propriedade, bem como as alocações de tais direitos realizadas pelo próprio agente na realização de contratos. Enquanto o primeiro papel evita o desperdício de recursos com atividades predatórias meramente redistributivas, o segundo, ao eliminar ou mitigar a possibilidade de comportamentos oportunistas, permite a superação do problema de desconfiança recíproca e viabiliza a realização de contratos complexos.

Além disso, do ponto de vista público, as barganhas políticas negociadas entre os vários grupos integrantes do Legislativo e do Executivo materializam-se na forma de

legislação, que depois deve ser aplicada (*enforced*). É o Judiciário que – ao aplicá-la – garante credibilidade aos acordos políticos consubstanciados em lei. Essa credibilidade permite a cooperação de longo prazo entre grupos e reduz conflitos, comportamentos oportunistas e o emprego da violência. Por outro lado, tal sistema só é autossustentável se o poder do próprio Estado for restringido, razão pela qual regras limitadoras devem ser impostas a todos os entes componentes do Estado – e compete precipuamente ao Judiciário impor (*enforce*) tais regras em casos de conflito. Podemos, então, ilustrar o papel central do Judiciário da seguinte forma:

FIGURA 1 – A FUNÇÃO SOCIAL DO JUDICIÁRIO



A função do Judiciário é, pois, atuar como um terceiro desinteressado capaz de impor às partes, *ex post*, as obrigações públicas (lei) e privadas (contrato) assumidas *ex ante*, fazendo com que o retorno esperado do comportamento desviante seja negativo. Como o comportamento desviante deixa de ser interessante para o agente social, as promessas realizadas por cidadãos e grupos políticos passam a ser críveis e supera-se, assim, o problema da desconfiança recíproca. O resultado é a cooperação.

Nesse sentido, podemos pensar no direito como um conjunto de regras fruto da experiência humana que vão se acumulando com o tempo, e à medida que a sociedade avança e cria novas situações, novas regras são criadas e antigas são reformuladas ou, simplesmente, abandonadas. Esse conjunto de regras informam ações e permitem a cooperação impessoal, viabilizando a estrutura da sociedade moderna. Mas como esse

conjunto de regra se forma e funciona? É essa a pergunta que passamos a explorar no item seguinte.

## **2 O DIREITO COMO CAPITAL JURÍDICO**

A primeira referência ao conjunto de regras jurídicas como um bem capital, com características de bem público, é o trabalho de Buchanan (2000 [1975]). Para Buchanan, os benefícios decorrentes da criação de uma regra jurídica, isto é, o retorno (*yield*) esperado não é auferido apenas em um período, como em um show de fogos de artifício, mas continuamente no futuro, como se viesse de um farol. O principal objetivo de se adotar leis seria restringir comportamentos em períodos futuros; restrições que, por sua vez, quando impostas a toda a coletividade, permitiriam o planejamento incorporador de previsões mais acuradas. O direito seria, portanto, um bem durável cuja utilidade se usufrui no decorrer do tempo (BUCHANAN, 2000 [1975], p. 99 e ss.).

No ano seguinte à publicação do trabalho de Buchanan, outros dois autores, Landes e Posner (1976), elaboraram um modelo juseconômico para a análise de precedentes legais derivado da teoria de formação de capital e investimento. Considerando a origem norte-americana dos autores, no modelo proposto foram consideradas apenas as regras jurídicas decorrentes de decisões judiciais com força vinculante, os chamados precedentes, tendo sido excluídas as regras jurídicas oriundas de leis, constituição e regulação. No presente item e subitens, adaptamos este modelo para que seja aplicável a todo e qualquer tipo de regra jurídica e, assim, possa ser aplicado à realidade de um sistema jurídico romano-germânico, como o brasileiro.

### **2.1 A APLICAÇÃO E A CRIAÇÃO DE REGRAS JURÍDICAS PELO JUDICIÁRIO**

De início é importante chamar a atenção para o fato de não haver a figura dos precedentes no ordenamento jurídico brasileiro. O nosso sistema jurídico, de origem romano-germânica, é baseado em leis e códigos, isto é, em normas escritas. Mesmo as súmulas vinculantes, emitidas por Tribunais Superiores, funcionam mais como dispositivos de lei do que como precedentes propriamente ditos. Assim, quando as partes de uma disputa são incapazes de chegar a um acordo, elas levam sua questão (lide) para ser decidida por um magistrado. No curso do processo, para que possa tomar uma decisão sobre a lide, primeiro o magistrado deve decidir qual a legislação aplicável ao caso concreto. Essa legislação normalmente estabelece uma regra de decisão, que o magistrado usará para analisar o caso. Uma vez identificada (ou decidida) qual a regra aplicável, basta ao magistrado realizar um exercício de subsunção entre a regra jurídica escolhida e os fatos demonstrados no processo para decidir quem tem razão.

Apenas na inexistência de lei sobre a questão em juízo (*lacuna jurídica*) é que pode (ou deveria) um magistrado criar uma regra. Primeiro, consultando outras leis

para casos parecidos (integração por analogia); depois, se não houver lei passível de analogia para caso semelhante, buscando costumes sociais que estabeleçam uma solução para a questão (integração por costume); e, por fim, se não houver nem um nem outro, o magistrado pode criar uma regra com base em um princípio jurídico, que nada mais é que um padrão jurídico extremamente amplo (integração principiológica). É o que determina a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657, de 4/7/42): “Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.” Como se pode ver, no Brasil, até a forma de se aplicar as leis está prevista em lei.

Considerando-se que nesse sistema a regra aplicável ao caso concreto é aquela já prevista na legislação, o exercício de subsunção realizado pelo magistrado – em princípio – não seria relevante, pois tudo que o magistrado precisa saber para os próximos casos é a regra jurídica, que está contida na lei e não na decisão judicial anterior. É por isso que no Brasil se diz que uma decisão judicial vincula apenas as partes envolvidas no processo e não gera qualquer tipo de limitação ou vinculação para magistrados em outras decisões futuras. O que vincula é (ou seria) a regra estabelecida pela lei e não a interpretação da regra adotada por algum outro magistrado, ainda que de uma instância superior. Em resumo, no Brasil, a jurisprudência, conjunto de decisões anteriores, não tem força vinculante, mas apenas persuasiva.

Já em sistemas consuetudinários, como o norte-americano, uma parte substancial do direito e, em especial, o direito civil, é – em larga medida – o resultado do conjunto de decisões proferidas anteriormente por magistrados em casos iguais ou semelhantes. A pergunta acerca de qual a regra jurídica deve prevalecer em um dado caso é preponderantemente respondida não pela consulta a códigos e leis, mas mediante a consulta às formulações que algum magistrado criou para resolver casos anteriores cujos fatos são semelhantes aos do caso em análise. Como normalmente essas formulações são restritas ao caso concreto, é necessário um conjunto de decisões para definir um comando normativo genérico o bastante para ser aplicado a casos futuros. Essa formulação ou regra jurídica é chamada de precedente.<sup>4</sup> Se houver um caso anterior semelhante, aplica-se o precedente (é o que se chama de *stare decisis*, está decidido). Do contrário, o magistrado cria uma regra nova para o caso em juízo, que poderá se tornar um precedente para casos futuros, se seguido.

Apesar dessa diferenciação tradicional entre o sistema romano-germânico e o sistema consuetudinário, sob uma abordagem mais realista da dinâmica processual no sistema brasileiro deve-se reconhecer que em muitos casos a legislação não estabelece uma regra clara a ser aplicada pelo magistrado. Essa falta de clareza pode decorrer da adoção de um padrão em vez de uma regra, como a interpretação de boa-fé dos contratos estabelecida pelo Código Civil (“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.”) ou a imposição de responsabilidade civil em caso de negligência (“Art. 186. Aquele que, por

ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”). Tanto boa-fé quanto negligência são conceitos jurídicos indeterminados, cujos significados precisam ser construídos pelo magistrado no caso concreto. Por isso, os referidos dispositivos legais não constituem regras de comportamento, mas padrões de julgamento a serem construídos pelo Judiciário. Já a contagem dos juros de mora desde o momento da citação inicial (art. 405/CC) ou a vedação de contratos cujo objeto seja herança de pessoas vivas (art. 426/CC) são regras jurídicas claras que demandam pouca ou nenhuma interpretação. Logo, são regras legislativas de comportamento, não padrões, que informam como as partes e o magistrado devem se comportar na presença de um litígio.

Por outro lado, na prática, mesmo regras jurídicas cujo conteúdo é perfeitamente inteligível podem ser alteradas pelo Judiciário à guisa de uma “interpretação” mais adequada. Por exemplo, o art. 649, inc. IV do CPC estabelece que são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, [...], os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo”. Em outras palavras, de acordo com a lei, um magistrado não pode determinar a penhora do salário de um devedor para satisfazer o crédito de um credor. Para que não reste dúvida acerca da clareza da lei, o §3º a que se refere o inciso estabelecia uma exceção à regra de impenhorabilidade do salário, mas essa exceção foi vetada pelo Presidente Lula porque, nas palavras do próprio Presidente,<sup>5</sup> é uma tradição brasileira proteger devedores:

§ 3º Na hipótese do inciso IV do caput deste artigo, será considerado penhorável até 40% (quarenta por cento) do total recebido mensalmente acima de 20 (vinte) salários mínimos, calculados após efetuados os descontos de imposto de renda retido na fonte, contribuição previdenciária oficial e outros descontos compulsórios.

Não obstante, não é incomum encontrar decisões de Tribunais de Justiça permitindo a penhora legalmente proibida, desde que limitada a 30% da remuneração. É, por exemplo, a decisão unânime da 1ª Turma Cível do TJDFDT adotada no Acórdão n. 480791 de 9/2/11 (Rel. Des. Convocado Sandoval Gomes de Oliveira). Para uma demonstração cabal de que este exemplo de alteração jurisprudencial da regra jurídica prevista em lei não se trata de um caso isolado, basta consultar a página criada pelo próprio TJDFDT com uma lista dos acórdãos favoráveis e acórdãos desfavoráveis à penhorabilidade de salários.<sup>6</sup>

É possível discutir se a modificação inserida pelo Judiciário é adequada, legítima (ou não), mas independentemente disso, em uma descrição positiva da realidade judicial (GICO JR., 2010, p. 19 e ss.) é necessário reconhecer que não se trata de uma questão de dúvida interpretativa, mas sim de alteração judicial da regra jurídica legislativa

(interpretação *contra legem*). Note que a questão vem sendo decidida para um lado e para outro há anos (há acórdãos de 2006 a 2013 permitindo e proibindo), sem que o TJDF adote uma posição única. Assim como nesse caso, há inúmeras outras questões cujas regras jurídicas aplicadas pelo Judiciário são diferentes das legalmente previstas, como a imposição pela Justiça do Trabalho de responsabilidade subsidiária do Estado em questões trabalhistas envolvendo terceirizados (cfr. antiga e atual redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho).

Se até a legislação, na prática, pode ser alterada pelo Judiciário, então, mesmo no sistema brasileiro, em que não há a figura do precedente, é possível se aplicar o modelo juseconômico de criação judicial de regras jurídicas, pois a regra *de facto* não necessariamente é a regra que está prevista em lei, mas sim o resultado da aplicação (ou não) dessa regra pelo próprio Judiciário. Note-se que o argumento não é que o Judiciário nunca segue a lei e, por isso, a existência de lei escrita pode ser ignorada para fins do modelo, ou seja, não se defende a equiparação do sistema brasileiro (romano-germânico) ao norte-americano (consuetudinário). O que argumentamos é que apesar de o nosso sistema ser preponderantemente baseado em leis e códigos, não raras vezes o Judiciário cria regras jurídicas a despeito do que prevê a legislação (mesmo na ausência de lacuna jurídica) e, portanto, a prática judicial – para o bem ou para o mal – nos permite considerar o direito que limita as ações dos agentes como o resultado das decisões judiciais para fins de análise positiva.

Obviamente, saber como funciona um sistema jurídico não vinculado pela lei e em que não há precedentes, isto é, onde nem mesmo as decisões de seus pares vinculam o magistrado na hora de decidir, é questão diversa. Fon e Parisi (2006) tentam responder a essa questão com um modelo dinâmico para descrever a evolução de decisões judiciais em sistemas civilistas, nos quais – como dito – a jurisprudência é meramente persuasiva. Na ausência do mecanismo de uniformização do *stare decisis*, em que basta uma única decisão para gerar um precedente, Fon e Parisi consideram que a jurisprudência é tanto mais persuasiva quanto mais consolidada for, sendo possível a existência de tendências e modismos. O mais interessante desse modelo é que um choque pode produzir insegurança e jurisprudência dividida que se perpetuam no tempo, em vez de se estabilizar em uma posição consolidada, ou seja, uma pequena perturbação pode levar à insegurança jurídica de longo prazo. Esse resultado é compatível com a discussão realizada anteriormente e reforça a ideia aqui defendida de que, em um sistema sem mecanismo de uniformização de jurisprudência, é possível e provável que eventuais variações de entendimentos judiciais não sejam uniformizadas e o sistema permaneça instável, gerando insegurança.

Explicado como o Judiciário brasileiro cria regras jurídicas por meio de interpretação da legislação, em casos de conceitos jurídicos indeterminados ou lacuna, ou pela simples alteração da literalidade da lei (interpretação *contra legem*), analisemos como essa dinâmica pode ser interpretada do ponto de vista juseconômico como um

mecanismo de criação, depreciação e reposição de capital jurídico, a partir de uma abordagem da teoria capital-investimento.

## 2.2 MODELANDO O DIREITO COMO UM BEM DE CAPITAL

O **capital jurídico** de uma sociedade é o conjunto de regras jurídicas (originalmente legislativas ou não) que o Judiciário aplica para um certo tipo de caso em um dado momento. Pelo fato de o Judiciário aplicar tais regras quando surge um conflito, os agentes sociais podem realizar previsões acerca de como um magistrado resolveria determinado tipo de problema. Essa previsibilidade, que chamaremos **segurança jurídica**, permite aos agentes saberem e negociarem *ex ante* a quem fica alocado o risco de um determinado evento ou os custos de um determinado sinistro. Além disso, caso o risco de um determinado evento ou os custos de um determinado sinistro não tenham sido expressamente previstos em um contrato, seja porque não há contrato (*e.g.* em um caso de responsabilidade civil extracontratual), seja porque as partes não anteviram o evento ou preferiram não regulá-lo (lacuna contratual), a previsibilidade da conduta do magistrado permite aos agentes que, na presença do evento conflituoso, emulem o resultado de um julgamento sem precisar recorrer ao Judiciário.

Assim, por exemplo, em um acidente de trânsito em que uma das partes bate na outra por trás, já sabendo que o Judiciário vai presumir sua culpa há uma maior probabilidade de o condutor que abalroou por trás concordar espontaneamente em indenizar o condutor do veículo da frente. Essa cooperação espontânea (autocomposição) alcança o mesmo resultado que seria alcançado por um julgamento (heterocomposição), sem que se incorra nos custos de adjudicação; logo, é mais eficiente.

O capital jurídico de uma sociedade é o fruto de suas experiências e valores no decorrer do tempo. Quanto maior o capital jurídico de uma sociedade, maior o número de situações em que os agentes podem antever o provável resultado de um determinado conflito, caso esse fosse levado ao Judiciário; assim, é mais fácil alocar riscos e custos ou celebrar um acordo extrajudicial. Essa segurança jurídica permite o planejamento de longo prazo, a melhor alocação de riscos, o desestímulo a determinados comportamentos oportunistas e, em última análise, a cooperação entre os agentes.

A segurança extraída do capital jurídico não é consumida em um único período; ela é usufruída continuamente enquanto aquelas regras forem aplicadas pelo Judiciário, razão pela qual o capital jurídico é um bem durável (BUCHANAN, 2000 [1975], p. 99 e ss.). Nessa linha, seguindo Landes e Posner (1976), podemos modelá-lo da seguinte forma. Seja  $J_t^i$  o estoque de capital jurídico da sociedade em uma determinada área jurídica  $i$  (a  $i$ -ésima área do direito) no período  $t$ . O estoque de capital jurídico é o conjunto de regras jurídicas previsivelmente aplicáveis a um caso concreto que foram se acumulando no decorrer do tempo em períodos anteriores ( $t - 1, t - 2, t - 3$ , etc.). A fim de formarem capital jurídico, essas regras devem ser necessariamente previsíveis, para que possam gerar segurança jurídica aos agentes e, assim, permitir os ganhos

de emulação e previsão de uma sentença futura. Regras ambíguas ou de difícil aplicabilidade não formam capital jurídico. Além disso, ao contrário do modelo de Landes e Posner, a origem dessas regras não precisa ser necessariamente judicial, podendo ser legislativa, constitucional ou mesmo administrativa ou regulatória; basta que o resultado de sua aplicação seja previsível e a regra seja mantida pelo Judiciário (estável), caso venha a ser contestada judicialmente.

Assim, o estoque de capital jurídico em um período  $t$  pode ser definido como (LANDES; POSNER, 1976, p. 262 e ss.):

$$J_t^i = I_{t-1}^i + (1 - \delta^i)J_{t-1}^i \quad \text{EQUAÇÃO 3-1}$$

onde  $I_{t-1}^i \geq 0$  é o investimento bruto em capital jurídico realizado no período anterior  $t - 1$  e  $\delta^i$  é a taxa de depreciação do capital jurídico no intervalo  $t - 1$  a  $t$ . Para fins de simplificação, pode-se considerar  $\delta^i$  constante.

Agora  $J_t^i$  pode ser expresso como uma função dos investimentos e da depreciação ocorrida em todos os períodos anteriores. Substituindo  $J_{t-1}^i$ ,  $J_{t-2}^i$  etc., é possível reescrever a Equação 3-1 da seguinte forma:

$$J_t^i = I_{t-1}^i + (1 - \delta^i)I_{t-2}^i + (1 - \delta^i)^2 I_{t-3}^i + \dots + (1 - \delta^i)^{t-1} I_0^i \quad \text{EQUAÇÃO 3-2}$$

onde  $I_0^i \geq 0$  é o investimento bruto em capital jurídico realizado no período inicial 0. A Equação 3-2 ilustra o argumento de que o investimento em qualquer período incrementa o capital jurídico nos períodos subsequentes, sendo que este incremento vai sendo consumido gradativamente a cada período na medida da taxa de depreciação  $\delta$ . Em outras palavras, o direito é o fruto da experiência acumulada do homem; parte dele também envelhece, e precisa ser renovada de tempos em tempos.

Mas como se explica a depreciação do capital jurídico que é um capital intelectual semelhante ao conteúdo de um livro ou uma patente? Uma regra jurídica não se deteriora ou é consumida no sentido físico, ela se deprecia no sentido econômico porque o valor social da informação que ela carrega pode declinar no decorrer do tempo de acordo com as mudanças das circunstâncias (LANDES; POSNER, 1976, p. 267 e ss.). Mudanças em condições econômicas ou sociais, na legislação, nos integrantes do tribunal competente ou em outros parâmetros jurídicos constituem um choque externo que pode reduzir o valor das regras jurídicas em apreço para fins de segurança jurídica e, portanto, a utilidade extraída do capital jurídico.

A título de exemplo, considere o caso de casais homossexuais que desejavam compartilhar os frutos de uma união civil (*e.g.* direito à pensão, seguro-saúde, herança). Até o dia 5 de março de 2011, data do julgamento conjunto da ADI n. 4.277 e da ADPF n. 132 pelo STF, tendo em vista a interpretação dominante dos Tribunais no sentido de que o art. 226, §3º da CF e o art. 1.723 do CC vedavam a união estável entre pessoas do mesmo sexo, homossexuais que desejavam os efeitos jurídicos da união estável precisavam usar outros mecanismos mais custosos e menos eficazes, como a formação de empresas para aquisição de bens comuns, a criação de condomínios de imóveis etc., para obter – de forma imperfeita – os efeitos civis de uma união estável, tecnologia jurídica disponível aos heterossexuais. Independentemente de seu juízo de valor com relação à legitimidade ou adequação dessa vedação, para fins da análise proposta aqui o que importa é que a regra era clara e, portanto, os agentes sabiam quais direitos lhes eram atribuídos ou negados (o que economistas tradicionalmente chamariam de definição clara dos direitos de propriedade). Justamente por isso essa regra integrava o capital jurídico brasileiro no período até março de 2011.

Com a mudança de entendimento do STF, essa regra foi alterada e passou a ser possível a equiparação da união homoafetiva à entidade familiar, mas exatamente o que isso significava do ponto de vista jurídico não ficou claro. Por exemplo, o STF reconheceu a união estável, mas e o casamento? Há uma diferença jurídica com algumas implicações na vida civil entre união estável e casamento; não é uma diferença meramente nominal. Em junho do mesmo ano, a própria decisão do STF foi contestada por um juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal e Registros Públicos de Goiânia, Jerônimo Pedro Villas Boas, que determinou – de ofício – o cancelamento do contrato de união estável entre o jornalista Leorcino Mendes e o estudante Odílio Torres, que havia sido reconhecido pelo 4º Registro Civil e Tabelionato de Notas de Goiânia, e proibiu que os cartórios de Goiás reconhecessem outros contratos de união estável (cfr. Procedimento Ex-Officio – art. 25, 4 do COJEG, TJGO e o Processo n. 3772527 da Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Goiás). Independentemente da decisão desse magistrado, cartórios pelo Brasil afora ficaram na dúvida se poderiam ou não realizar casamentos entre pessoas do mesmo sexo. Várias decisões judiciais foram proferidas para autorizar ou mesmo comandar tal registro, mas essas decisões só têm eficácia sobre os cartórios na jurisdição de cada magistrado ou Tribunal. Em outras comarcas, magistrados reiteradamente bloqueiam o casamento homossexual.

Para se ter uma ideia da dificuldade da questão, em 25 de outubro de 2011, a Quarta Turma do STJ, por maioria, reconheceu no REsp n. 118.337-8 / RS o direito de casar requerido por duas mulheres gaúchas. O fundamento foi justamente a decisão anterior do STF. Não obstante, como essa decisão do STJ não é vinculante (lembre-se, não existe precedente no Brasil), outros casais homossexuais interessados em casar ainda estão à mercê do entendimento específico dos cartórios e dos Tribunais

de cada região. No Rio de Janeiro, por exemplo, todos os pedidos são negados porque o juiz responsável na 1ª Vara de Registro Público do Rio entendia que há vedação legal e que a decisão do STF não alcança o casamento, mas apenas a união estável (cfr. MIRANDA, 2012). No Distrito Federal, um cartório aceita e o outro não. Como se pode ver, decorridos anos da mudança de posição do STF, não existe *de facto* uma única regra jurídica em vigor acerca da possibilidade ou não de casamento homossexual no Brasil.

A vedação anterior e suas implicações jurídicas foram construídas durante o tempo e geravam segurança jurídica, isto é, integravam o capital jurídico. Com a mudança da regra, esse capital se depreciou e o Judiciário passou a ter de reconstruir nos períodos seguintes as regras associadas a essa nova possibilidade. Nesse sentido, o valor informacional das regras anteriores se depreciou (as regras tornaram-se obsoletas), isto é, ele diminuiu e precisou ser repostado por meio de novos investimentos em decisões judiciais, que ainda estão em andamento. Note-se que, dada a natureza civilista de nosso sistema, essa depreciação poderia ser rapidamente repostada pelo investimento legislativo estabelecendo a regra jurídica para o casamento homossexual (permitindo-o ou proibindo-o novamente), que por ser obrigatória em todo território nacional (força cogente) tenderia a resolver a questão de forma unificada e rápida. Todavia, dada a natureza emocional, política e religiosa da questão, os custos de transação associados à negociação política desse tema tornam a realização do investimento jurídico proibitiva naquele momento.

De uma forma geral, a passagem do tempo tende a reduzir o valor informacional das regras jurídicas acumuladas, e essa redução representa a depreciação ou obsolescência do capital jurídico. Tal qual ativos materiais, é possível cogitar que jurisprudências ou institutos jurídicos inativos há muito tempo possam ser reativados para orientar casos novos sobre questões semelhantes, como a utilização do instituto milenar da servidão,<sup>7</sup> que poderia ser usada para resolver casos de conflitos sobre construções que obstruam a vista de uma outra propriedade. A solução judicial: a criação da servidão visual. Essa possibilidade é semelhante a um maquinário que, desativado, por alguma razão passa a ser útil novamente e volta a ser usado, não necessariamente para a exata mesma finalidade.

Esclarecido o significado da depreciação ou da obsolescência do capital jurídico, retomemos a construção do modelo com a discussão do valor por ele criado. Seja  $U_t^i$  a utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico na *i*-ésima área do direito no período *t*.  $U_t^i$  pode ser expressa em função de  $J_t$  e do número  $N_t$  de agentes que integram uma determinada comunidade e que, potencialmente, usufruem do valor informacional gerado por  $J_t$  (e.g. consumidores, produtores, empresas, cidadãos, estados nacionais etc.). Logo, temos:

$$U_t^i = U(J_t; N_t)$$

EQUAÇÃO 3-3

sendo que aqui se presume que  $\frac{\partial U_t}{\partial J_t} > 0$  e  $\frac{\partial^2 U_t}{\partial J_t^2} < 0$ ,

isto é, a utilidade marginal do estoque de capital jurídico em relação a  $J_t$  é positiva (quanto mais capital, maior o valor total do fluxo de informação), mas sua taxa de retorno é decrescente. Os retornos decrescentes do aumento do capital jurídico traduzem a ideia de que cada nova regra jurídica traz uma nova informação, mas um número excessivo de regras começa a tornar cada vez mais difícil diferenciar uma regra da outra, reduzindo o valor informacional relacionado ao modo como uma determinada disputa será decidida.

Além disso, deixando de lado o sobrescrito  $i$  para fins de simplificação da notação,  $U_t$  é crescente em  $N_t$ , isto é, como o consumo da informação gerada por uma regra jurídica não exclui o consumo da mesma informação por outra pessoa, quanto mais pessoas integram uma determinada comunidade que pode usufruir da segurança jurídica gerada pelo capital jurídico, maior o valor total de  $U_t$ .

Logo,  $\frac{\partial U_t}{\partial N_t} > 0$ .

Essa característica é o resultado direto do reconhecimento da natureza de bem público do direito, e que já havia sido aventada sem formalização matemática por Buchanan (2000[1975]).

A utilidade do fluxo de informações gerado pelo estoque de capital jurídico decorre da possibilidade de os agentes saberem *ex ante* quais comportamentos são permitidos e quais são proibidos pelo direito, e as sanções jurídicas associadas a cada violação, inclusive sua magnitude. Nesse sentido, o valor do capital jurídico está intimamente ligado à eficácia com que as regras jurídicas determinam comportamentos dos agentes. Uma regra jurídica meramente nominal (a famosa lei que não pegou) não constitui, portanto, capital jurídico, ou, se constitui, sua utilidade é nula ou, possivelmente, negativa.

O investimento em capital jurídico em um período  $t - 1$  é o conjunto de acórdãos, leis, decretos e regulações administrativas produzido no período. E aqui vale uma observação: usa-se a expressão acórdão e não decisão judicial para diferenciar entre decisões judiciais proferidas por um juiz singular de 1ª instância (sentença) de uma decisão judicial colegiada proferida por órgão de 2ª instância (acórdão). Como na sistemática jurídica brasileira apenas as decisões dos tribunais são consideradas formadoras de jurisprudência,<sup>8</sup> para fins da presente análise as fontes de investimento devem ser consideradas, do ponto de vista judicial, preponderantemente como sendo a produção de acórdãos, leis e regulações.

A elaboração de legislação e a produção de acórdãos consomem recursos escassos, como o tempo de congressistas, assessores, grupos políticos, magistrados, advogados,

membros do Ministério Público, analistas judiciários, técnicos judiciários, testemunhas e partes, mais os recursos associados à construção e manutenção do Congresso Nacional, dos Tribunais de Justiça, do STJ, do STF, ou seja, de toda a infraestrutura que lhes dá suporte. Estes custos de investimento em capital jurídico no período  $t$  podem ser representados da seguinte forma:

$$C_t = C(I_t) \tag{EQUAÇÃO 3-4}$$

onde se assume o custo marginal como positivo e não decrescente. O custo marginal de investimento positivo significa que quanto maior o investimento realizado, maior o custo associado ( $C'_t > 0$ ). Assim, por exemplo, supondo-se a ausência de capacidade ociosa, o aumento do número de acórdãos do STJ ou STF requereria a contratação de mais assessores, a construção de novas salas, a aquisição de mais equipamentos, o aumento do número de Ministros etc. Já o custo marginal de investimento não decrescente significa que ele pode até se manter estável, mas não diminuirá ( $C''_t \geq 0$ ).

Com base nesse modelo, podemos estabelecer a produção ótima de capital jurídico como o seguinte problema de maximização: seja  $\pi$  a diferença entre a utilidade do fluxo de informação gerada pelo capital jurídico no período  $t$  e o custo do investimento em cada período, sujeita à condição prevista na Equação 3-1, supondo-se  $\delta$  constante e  $I_t > 0$ , isto é, não é possível alienar capital jurídico. Assim, temos:

$$\text{Max}_{I_t > 0} \pi = U_t - C_t \quad \text{s.a.} \quad J_t - I_{t-1} = (1 - \delta)J_{t-1} \tag{EQUAÇÃO 3-5}$$

Resolvendo esse problema de maximização da maneira proposta por Landes e Posner (1976, p. 265), obtemos as seguintes  $T$  condições de primeira ordem (de  $T=0$  a  $T-1$ ):

$$\frac{\partial \pi}{\partial I_t} = R_{t+1}U'_{t+1} + R_{t+2}U'_{t+2}(1 - \delta) + R_{t+3}U'_{t+3}(1 - \delta)^2 + \dots + R_T U'_T (1 - \delta)^{T-t-1} - R_t C'_t = 0 \tag{EQUAÇÃO 3-6}$$

onde  $R_{t+j}$  é a utilidade no começo do período 0 do capital jurídico nos períodos  $t + j$  ( $R_{t+j} = 1 / (1 + r)^{t+j}$ , sendo a taxa de desconto por período  $r$  constante);  $U'_{t+j}$

é o valor do produto marginal do capital jurídico em  $t + j$  e  $C'_t$  é o custo marginal do investimento. Note que a condição de otimalidade prevista na Equação 3-6 constitui justamente a igualdade entre retorno marginal e custo marginal em equilíbrio decorrente de um investimento marginal no período  $t$ . Este equilíbrio é o que aconteceria em condições de concorrência perfeita; porém, na vida real, podem haver falhas de mercado – e há uma tendência a isso – que impedem o alcance do equilíbrio ótimo.

Enquanto Landes e Posner (1976, p. 265 e 266) avançam para discutir em que condições existe um equilíbrio de longo prazo e identificar a política de investimento ótima em capital jurídico, vamos analisar justamente a possibilidade de existência de um desequilíbrio de curto prazo, isto é, das consequências de um descasamento entre o estoque real e o estoque socialmente desejável de capital jurídico, assim como o investimento em sua formação e o impacto desse desequilíbrio sobre a estrutura de incentivos dos agentes em litígio.

### 3 O CICLO DA LITIGÂNCIA

Vamos investigar agora as consequências de um desequilíbrio de curto prazo entre o capital jurídico real em um determinado período  $t$  e o nível ótimo de equilíbrio jurídico de longo prazo. Suponha que ocorra um choque que faça com que o estoque de capital jurídico fique abaixo do seu nível ótimo. Esse choque pode ser decorrente de uma mudança de posição no STF devido a uma nova composição, de uma mudança na legislação (como a introdução de um novo CPC), ou mesmo devido às mudanças inesperadas das condições socioeconômicas, como foi o caso da máxidesvalorização do real em 1999. Qualquer um desses choques pode imediatamente tornar obsoleta parte do estoque de capital jurídico existente. A presença de um estoque subótimo de capital jurídico gera insegurança jurídica. Essa insegurança faz com que aumente o número de casos perante o Judiciário, pois as partes considerarão mais difícil antever qual seria a regra jurídica aplicável ao caso concreto (aumento do hiato de expectativas) e, portanto, qual o valor esperado de um determinado acordo extrajudicial. O resultado será um incremento temporário de litígios (investimento privado) até que a discrepância entre o capital jurídico real e o ótimo desapareça.

Entretanto, essa simples explicação oculta dois aspectos fundamentais da função de produção de capital jurídico: (i) os insumos oferecidos pelas partes litigantes no Judiciário (*e.g.* contratação de advogado, tempo, peritos etc.); e (ii) os insumos oferecidos pelo magistrado que escreverá a decisão que poderá se tornar jurisprudência dominante no futuro para outros magistrados.<sup>9</sup> Começemos, então, pela questão levantada por Landes e Posner (1976, p. 271): considerando que os particulares se beneficiam apenas da resolução da controvérsia, mas não inteiramente da segurança

jurídica decorrente da criação de jurisprudência (externalidade positiva), o que os induz a alocar recursos na produção de capital jurídico até alcançar o nível ótimo?

A resposta aparece de uma análise da estrutura de incentivos dos agentes privados. Por que as partes litigam? Normalmente os juristas respondem a essa pergunta nos livros de introdução ao processo civil afirmando que isso acontece porque um direito foi violado (*e.g.* IHERING, 2003 [1872], p. 41; COUTURE, 2008 [1949], p. 45 e ss.). Mas essa explicação não é satisfatória. Se um direito vale R\$ 10,00 para o ofendido e defendê-lo na justiça custará R\$ 50,00, uma abordagem juseconômica nos informa que o agente racional maximizador não lutará por aquele direito na justiça, isto é, ele não litigará. Assim, um agente racional litigará apenas quando o retorno da litigância for não-negativo (cfr. LANDES, 1971; GOULD, 1973; POSNER, 1973; BEBCHUK, 1984; REINGANUM; WILDE, 1986). Note que aqui não estamos falando necessariamente de custo ou retorno monetário apenas. Uma pessoa profundamente ofendida pela conduta do réu pode litigar para receber apenas um pedido de desculpas ou uma indenização por danos morais de R\$ 100,00, ainda que isso lhe custe R\$ 500,00 em tempo, custas processuais, advogado etc. Basta que o autor extraia do resultado esperado da litigância (o reconhecimento de seu direito) mais utilidade do que lhe custa em desutilidade. Não obstante, se nesse caso o custo de litigar for R\$ 100 mil, provavelmente essa pessoa pensará duas vezes antes de acionar o ofensor. Por outro lado, e tão óbvio quanto, um agente racional em condições normais não gastará R\$ 100,00 em uma ação de cobrança de um cheque se o resultado esperado for coletar um crédito de R\$ 20,00. De um jeito ou de outro, o litigante racional litiga apenas quando o resultado esperado da demanda for não-negativo.

Uma pesquisa realizada recentemente por uma equipe de pesquisadores composta por juristas, economistas, sociólogos e administradores, predominantemente da PUC/RS – e financiada pelo CNJ –, encontrou evidências empíricas que corroboram a conclusão de que as partes litigam não apenas porque tiveram um direito violado, mas também por causa (a) dos baixos custos de acesso e baixo risco; (b) das perspectivas de ganho; e (c) do uso instrumental do Judiciário (PUCRS, 2011).

Por outro lado, por que é que um caso vai parar no Judiciário quando as partes poderiam cooperar, realizar um acordo e dividir entre si o excedente gerado com a economia de todos os custos associados a uma ação judicial? Se um acordo é mais barato, por que litigar? A teoria juseconômica sugere que o litígio é o resultado da incapacidade das partes em alcançar um acordo, e essa incapacidade decorre de estimativas distintas de autor e réu sobre as reais chances de sucesso de cada um (hiato de expectativas) e, portanto, resulta de uma incapacidade em se concordar com o retorno esperado do litígio. Esse fenômeno é especialmente forte na presença de um viés de otimismo natural das pessoas que pode levar ao exagero da avaliação da probabilidade subjetiva de êxito e a aplicar um superdesconto às propostas de acordo oferecidas pela parte contrária (cfr., a título de exemplo, SILVA, 2011).

Nesse sentido, a razão entre ações judiciais e acordos é uma função do estoque de capital jurídico (nível de incerteza jurídica) prevalecente em uma determinada área do direito, o que – por sua vez – leva a estimativas divergentes do resultado provável do processo pelas partes. Nos termos aqui desenvolvidos, a segurança jurídica é uma função do estoque de capital jurídico composto majoritariamente pela jurisprudência dominante. Para uma breve revisão da literatura sobre o aumento da taxa de litigância decorrente do aumento da incerteza devido à insegurança jurídica, vide Dari-Mattiacci e Deffains (2007, p. 11 e ss.), e para uma demonstração empírica dessa relação, vide Rezende e Zylbersztajn (2011). Neste estudo, os autores demonstram como a dispersão entre decisões no Tribunal de Justiça de Goiás sobre a validade de contratos de venda antecipada de soja elevou a insegurança jurídica, gerando aumento do número de litigância e, posteriormente, aumento de custos de transação na negociação de contratos futuros.

A ligação direta entre o nível de litigância e o estoque de capital jurídico garante que os particulares realizarão, ao menos em parte, o investimento necessário (alocação de recursos privados) para a formação de novo capital jurídico e o deslocamento do estoque de capital para obter o equilíbrio jurídico de longo prazo. Se esse incentivo é suficiente – do ponto de vista das partes litigantes – para alcançar esse equilíbrio é uma questão mais complexa.<sup>10</sup>

Considerando que o ganho privado decorrente de um acórdão é menor que o benefício social resultante, existe uma externalidade positiva na oferta de jurisprudência. Logo, provavelmente teremos um problema de suboferta de acórdãos. Como as partes litigantes não podem cobrar um preço pelo uso de jurisprudência formada a partir de seu caso, internalizando a externalidade (como faria, por exemplo, o autor de um livro ou o dono de uma patente), a presença de externalidades positivas parece justificar – ao menos em parte – a utilização de subsídios públicos à litigância, pelo menos em segunda instância. Esse argumento já foi usado por Shavell (1997).

Subsidiar a litigância é justamente o que o Brasil vem fazendo nos últimos anos, quando (a) criou os juizados especiais de pequenas causas, nos quais não é necessário um advogado e não há custas processuais; (b) criou a defensoria pública (advogados públicos pagos pelo contribuinte); (c) criou a assistência judiciária gratuita – AJG (possibilidade de não pagamento das custas processuais – mesmo na justiça comum –, nem dos honorários de sucumbência); (d) manteve o sistema de custas processuais abaixo do custo social de cada processo etc. Tudo isso significa que é o contribuinte quem arca com parte dos custos de cada processo, e não a parte litigante – o que claramente é um subsídio ao litígio e à parte da sociedade que litiga.

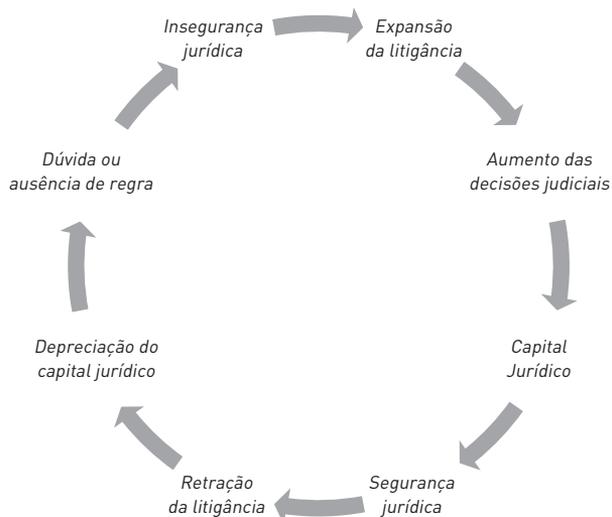
A insegurança decorrente da falta de capital jurídico aumenta os custos privados da celebração de um acordo extrajudicial (autocomposição), pois as partes têm dificuldades de estimar o resultado esperado, seja do ponto de vista da interpretação de uma determinada lei, seja do ponto de vista de ausência de uma jurisprudência clara

e dominante em uma área envolvendo regras judiciais (*e.g.* conceitos jurídicos indeterminados). Esse incentivo à litigância provocará manifestações do Judiciário que, com o tempo, se converterão em jurisprudência que, se dominante, se transformará em capital jurídico. O resultado último é uma maior segurança jurídica sobre qual regra é aplicável àquele tipo de situação. Em outras palavras, o capital jurídico é um subproduto não intencional dos incentivos privados dos litigantes, uma externalidade positiva. Mais um exemplo de como as pessoas podem gerar bem-estar social motivadas pela busca de seus próprios interesses.

Por outro lado, vale lembrar que a insegurança jurídica como um todo nunca será eliminada, mas apenas mitigada, pois à medida que novas leis são promulgadas ou há alterações nas condições socioeconômicas que estruturavam as relações jurídicas, deprecia-se o capital jurídico existente, fazendo surgir novos surtos de litigiosidade que, por sua vez, dispararão respostas legislativas e/ou a formação de nova jurisprudência que, se dominante, recomporá ao menos em parte o capital jurídico depreciado. O investimento em capital jurídico, tanto por meio de alteração legislativa quanto por mudança de jurisprudência, pode decorrer de uma série de pequenos problemas que geram mudanças incrementais ou até de um único problema, tão relevante que seja capaz de atrair suficientemente a atenção de determinados grupos políticos para que a mudança seja rápida e drástica, caso em que há uma recomposição quase instantânea do capital.

Com base na análise juseconômica exposta anteriormente, considerando apenas a estrutura de incentivos aos litigantes, podemos resumir a dinâmica decorrente de um desequilíbrio de curto prazo entre  $J_t$ , o capital jurídico em um determinado período  $t$ , e o nível ótimo de equilíbrio de longo prazo  $J^*$  como um ciclo de expansão e de retração das taxas de litigância, que geram surtos e calmarias de processos de maneira cíclica e contínua. Essa flutuação esperada na atividade litigiosa é denominada **ciclo da litigância**, que pode ser resumido da seguinte forma:

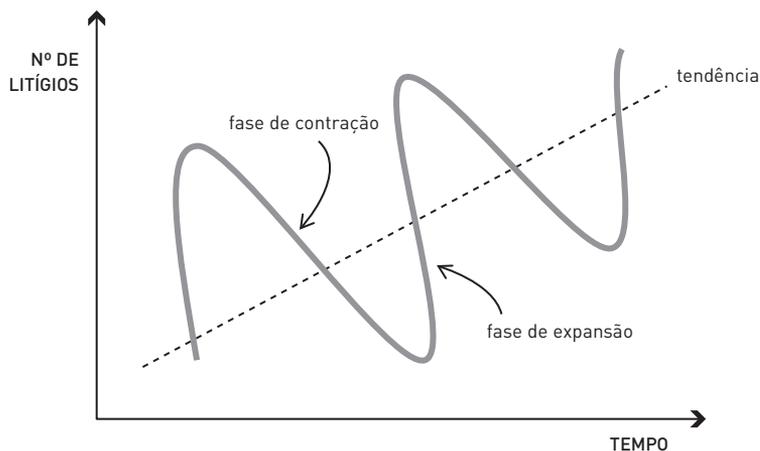
FIGURA 2 — O CICLO DA LITIGÂNCIA



De uma perspectiva geral, podemos encarar o comportamento da atividade litigiosa na i-ésima área do direito não como um fenômeno isolado, mas como um conjunto de fenômenos. Nessa linha, o correto seria falar em ciclos de litigância, pois é um processo contínuo, mas não periódico, e cada ciclo pode variar em duração. Os ciclos de litigância seriam, então, um tipo de flutuação na atividade litigiosa; cada ciclo é composto por um período de expansão e um período de retração das taxas de litigância, ao que se seguiria uma nova fase de expansão. Note que há quem argumente que os sistemas jurídicos caminham inexoravelmente para uma maior insegurança jurídica (*e.g.* D'AMATO, 1983).

Considerando que a população mundial tem aumentado, em que pese as taxas decrescentes (UNITED NATIONS, 2004, p. 4); que a atividade migratória entre os países e regiões tem crescido, o que contribui para o multiculturalismo e para a variação de valores dentro de uma mesma sociedade; e que o número e a complexidade das interações sociais também tem aumentado, espera-se que, em média, o número total de litígios em uma determinada área do direito aumente, sendo os ciclos da litigância meras flutuações em torno dessa tendência subjacente, ou seja, um desvio transitório em relação a uma trajetória de longo prazo. O comportamento esperado dos ciclos de litigância pode ser descrito da seguinte forma:

FIGURA 3 – A TENDÊNCIA SECULAR DA LITIGÂNCIA



Pelo exposto, em um ordenamento jurídico balanceado é de se esperar que o nível de litigância seja algo cíclico, com expansões e retrações. A ausência desses ciclos ou o crescimento monótono ou quase-monótono da litigiosidade, como parece acontecer no caso brasileiro, indica uma patologia no ordenamento jurídico que deve ser identificada e tratada, pois, na linguagem juseconômica, não está havendo investimento suficiente em capital jurídico.

Nessa linha, considerando-se que a dinâmica do sistema judicial decorre da interação estratégica de seus agentes componentes, a compreensão plena do comportamento da litigiosidade brasileira requer uma investigação mais aprofundada da estrutura de incentivos, tanto das partes (autor e réu) quanto dos próprios magistrados (GICO JR., 2012). Enquanto não soubermos mais sobre a estrutura de incentivos de cada um desses grupos, não seremos capazes de verdadeiramente compreender o Judiciário e, portanto, seremos incapazes de formular políticas públicas adequadas.

## CONCLUSÕES

O Judiciário tem uma função estruturante fundamental na construção da sociedade civil e no que se convencionou chamar Estado de Direito. Seu papel de garantidor das barganhas públicas (leis) e privadas (contratos) permite a cooperação de grupos em uma sociedade cada vez mais plural e complexa. Em última instância, não é possível conceber uma sociedade moderna sem a existência de um Judiciário eficaz.

No exercício de garantidor último das barganhas sociais, o Judiciário aplica e cria regras jurídicas que informam aos agentes como determinadas questões serão

resolvidas caso surjam conflitos e os Tribunais venham a ser invocados para resolvê-los. Esse conjunto de regras, que podem ter origem legislativa ou judicial mas que, em última instância, dependem sempre da atividade adjudicatória, é o capital jurídico. Quanto maior o estoque de capital jurídico de uma sociedade, mais segurança sobre o resultado provável de conflitos – e, portanto, mais preparados estarão seus integrantes para elaborar planejamentos de longo prazo e cooperar. O acúmulo ótimo de capital jurídico seria, então, uma condição necessária para o desenvolvimento econômico.

Analisando a função de produção do capital jurídico apenas pelo lado de um de seus insumos, isto é, dos incentivos privados para litigar, conclui-se que a presença de um desequilíbrio de curto prazo entre o estoque real de capital jurídico e o ponto ótimo socialmente desejável gera insegurança jurídica. Essa insegurança aumenta os custos de transação das partes para a realização de acordos extrajudiciais (cooperação), aumentando assim a quantidade de litígios (investimento privado). Essa expansão da litigância, por sua vez, tem como subproduto a geração de jurisprudência que, se dominante, transformar-se-ia em capital jurídico e geraria segurança jurídica (capital), o que desincentivaria a litigância. Esse movimento esperado de expansão e retração da litigância para a reposição do capital jurídico depreciado constitui um comportamento cíclico que denominamos o ciclo da litigância.

No entanto, essa discussão ilustra apenas os incentivos para que as partes em um conflito invistam em litígio e, assim, produzam capital jurídico, mas nada foi dito sobre os incentivos para que os magistrados invistam na mesma produção. As partes estão submetidas a uma lógica de mercado, i. e., investirão na atividade litigiosa até que o seu benefício marginal se iguale ao seu custo marginal e – em períodos de insegurança (escassez de capital jurídico) – essa lógica se converte em incentivo para investir (litigar). O mesmo não vale para os magistrados. Lembre-se que o investimento privado em litígio se converte em capital jurídico apenas se os magistrados investirem na construção e manutenção da jurisprudência, o que não pode ser explicado somente com a presença de escassez de capital, pois os magistrados são burocratas que possuem o quase-monopólio da atividade adjudicatória, e a insegurança jurídica não necessariamente gera incentivos para que invistam em capital jurídico. Nessa linha, é necessário explicar o comportamento dos magistrados e como esse comportamento afeta a formação de capital jurídico, uma vez que as preferências de cada magistrado são tão variáveis quanto os interesses das partes litigantes. Mas essa resposta deixamos para pesquisas futuras.

## NOTAS

\* O autor agradece aos comentários e sugestões de Bernardo Pinheiro Machado Mueller, Maurício Soares Bulgarin, Giacomo Balbinoto Neto, Danielle Cristina Lanus, Nicolau Dino de Castro e Costa Neto e do parecerista anônimo. Este artigo foi parcialmente financiado com recursos da CAPES/CNPq.

1 Danziger, Levav e Avnaim-Pesso (2011) demonstraram que a chance de um magistrado judeu conceder liberdade condicional a um preso era diretamente proporcional ao tempo que o magistrado estava sem comer. Assim, logo após o almoço a chance de concessão era de cerca de 65%, que ia caindo com o passar do tempo até quase zero. Após a pausa para o lanche, a probabilidade retornava abruptamente para os mesmos 65%, para voltar a cair gradativamente.

2 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

3 “Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.”

4 Um precedente não é a parte dispositiva do julgado, mas a menor regra lógica possível necessária para explicar o resultado do julgamento (*holding*), ainda que implícito. Por isso, normalmente se diz que é necessário um conjunto de decisões sobre temas muito próximos para se ter uma regra geral o suficiente para formar um precedente. Enfim, é uma regra de direito criada por um tribunal para um tipo de caso específico e reiteradamente utilizada como autoridade (fonte do direito) para decidir casos futuros semelhantes.

5 Mensagem nº 1.047, de 6/12/06: “[...] A proposta parece razoável porque é difícil defender que um rendimento líquido de vinte vezes o salário mínimo vigente no País seja considerado como integralmente de natureza alimentar. **Contudo, pode ser contraposto que a tradição jurídica brasileira é no sentido da impenhorabilidade, absoluta e ilimitada, de remuneração.** Dentro desse quadro, entendeu-se pela conveniência de opor veto ao dispositivo para que a questão volte a ser debatida pela comunidade jurídica e pela sociedade em geral. [...]” (destaque nosso).

6 Disponível em: <<http://www.tjdf.tj.br/institucional/jurisprudencia/temas-em-debate/jurisprudencia-comparada/direito-processual-civil/penhora-2013-conta-salario>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

7 Servidão é uma restrição ao direito de propriedade de uma pessoa sobre um imóvel que valoriza outro imóvel. O instituto está previsto no CC: “Art. 1.378. A servidão proporciona utilidade para o prédio dominante, e grava o prédio serviente, que pertence a diverso dono, e constitui-se mediante declaração expressa dos proprietários, ou por testamento, e subseqüente [sic] registro no Cartório de Registro de Imóveis.” Note-se que nos termos do art. 1.379 do CC, é possível se adquirir esse direito real mesmo sem o consentimento da outra parte, se ela não se opuser por 10 anos.

8 Não por outro motivo, quando se pesquisa a jurisprudência no sítio de um Tribunal, normalmente as sentenças não estão disponíveis para consulta, apenas os acórdãos. A título de exemplo, cfr. <<http://www.tjdf.tj.br/>>.

9 Para uma discussão mais detalhada da função de produção do capital jurídico, ver o Capítulo 3 de (GICO JR., 2012).

10 Para uma discussão mais detalhada da estrutura de incentivos dos litigantes, vide o Capítulo 4 de (GICO JR., 2012).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. *Economic Origins of Dictatorships and Democracy*. New York, United States of America: Cambridge University, 2006.
- BEBCHUK, L. A. Litigation and Settlement Under Imperfect Information. *RAND Journal of Economics*, 15 (3), 1984, pp. 404-415.
- BUCHANAN, J. M. *The Limits of Liberty: Between Anarchy and Leviathan* (Vol. 7). Indianapolis: Liberty Fund, 2000 [1975].
- BURG, E. M. Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of “Scholars in Self-Estrangement”. *The American Journal of Comparative Law*, 25 (3), 1997, pp. 492-530.
- BUZAID, A. *Estudos de Direito*. São Paulo, SP, Brasil: Saraiva, 1972.
- COOTER, R. D. The Objectives of Private and Public Judges. *Public Choice*, 41 (1), 1983, pp. 107-132.
- COURT, J.; HYDEN, G.; MEASE, K. *The Judiciary and Governance in 16 Developing Countries*. United Nations, United Nations University, United Nations, 2003.
- COUTURE, E. *Introdução ao Estudo do Processo Civil: discursos, ensaios e conferências*. 2.ed. Belo Horizonte, MG, Brasil: Líder, 2008 [1949].
- DAM, K. W. *The Law-Growth Nexus: The Rule of Law And Economic Development*. Brookings Institution Press, 2006.
- D’AMATO, A. Legal Uncertainty. *California Law Review*, 71, 1983, pp. 1-55.
- DANZIGERA, S.; LEVAVB, J.; AVNAIM-PESSOA, L. Extraneous factors in judicial decisions. *PNAS*, 108 (17), 2011, pp. 6889-6892.
- DARI-MATTIACCI, G.; DEFFAINS, B. Uncertainty of Law and the Legal Process. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 163 (4), 2007, pp. 627-656. DIXIT, A. K. *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*. Princeton: Princeton University Press, 2007.
- FON, V.; PARISI, F. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. *International Review of Law and Economics*, 26, 2006, pp. 519-535.
- GICO JR., I. T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito, *Economic Analysis of Law Review*, 1, 2010, pp. 7-32.
- \_\_\_\_\_. I. T. *A Tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e sobreutilização do Judiciário*. Faculdade de Economia, Administração, Contabilidade e Ciência da Informação e Documentação - FACE, Departamento de Economia. Brasília: Universidade de Brasília – UnB, 2012.
- GOULD, J. P. The Economics of Legal Conflicts. *The Journal of Legal Studies*, 2 (2), 1973, pp. 279-300.
- GREIF, A. *Institutions and the Path to the Modern Economy: lessons from medieval trade*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.
- IHERING, R. V. *A Luta pelo Direito*. São Paulo, SP, Brasil: Martin Claret, 2003 [1872].
- JALORETTO, M. F.; MUELLER, B. P. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal – uma análise empírica. *Economic Analysis of Law Review*, 2 (1), 2011, pp. 170-187.
- LANDES, W. M. An Economic Analysis of the Courts. *Journal of Law and Economics*, 14 (1), 1971, pp. 61-107.
- LANDES, W. M.; POSNER, R. A. Legal Precedent: A Theoretical and Empirical Analysis. *Journal of Law and Economics*, 19 (2), 1976, pp. 249-307.
- MESSICK, R. E. Judicial Reform and Economic Development: A Survey of the Issues. *The World Bank Research Observer*, 14 (1), 1999, pp. 117-136.
- MIRANDA, A. *Casamento gay: uma união ainda difícil no Rio*. O Globo. Disponível em <<http://oglobo.globo.com/rio/casamento-gay-uma-união-ainda-difícil-no-rio-4976208>>. Acesso em: 30 jan. 2014.
- NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. New York, NY, EUA: Cambridge University Press, 2007 [1990].
- \_\_\_\_\_; WALLIS, J. J.; WEINGAST, B. R. *Violence and Social Orders: A conceptual framework for interpreting recorded human history*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- PINHEIRO, A. C. *Judicial System Performance and Economic Development*. Rio de Janeiro, RJ, Brasil: BNDES, 1996.
- POSNER, R. A. An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *The Journal of Legal Studies*, 2 (2), 1973, pp. 399-458.
- \_\_\_\_\_. What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does). *Supreme Court Economic Review*, 3, 1993, pp. 1-41.
- PUCRS. *Demandas Judiciais e Morosidade da Justiça Civil - Relatório Final Ajustado*. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Porto Alegre: Conselho Nacional de Justiça – CNJ, 2011.
- REINGANUM, J. F.; WILDE, L. L. Settlement, Litigation, and the Allocation of Litigation Costs. *The RAND Journal of Economics*, 17 (4), 1986, pp. 557-566.

- REZENDE, C. L.; ZYLBERSZTAJN, D. Quebras Contratuais e Dispersão de Sentenças. (F. SP, Ed.) *Revista Direito GV*, 7(1), Jan.-Jun. 2011, pp. 155-176.
- SCHMITT, C. *Teoría de La Constitución*. (F. Ayala, Trad.) Madrid, Espanha: Alianza Universidad Textos, 1996 [1982].
- SHAVELL, S. The Fundamental Divergence Between the Private and the Social Motive to Use the Legal System. *Journal of Legal Studies*, 1997, XXXVI, pp. 575-516.
- SHERWOOD, R. M.; SHEPHERD, G.; SOUZA, C. M. Judicial systems and economic performance. *The Quarterly Review of Economics and Finance*, 34 (Supplement 1), 1994, pp. 101-116.
- SILVA, F. C. Conciliação Cível em Primeira Instância em São Paulo: Perspectiva da Análise Econômica do Direito. (I. T. Junior, Ed.) *Economic Analysis of Law Review*, 2 (1), 2011, pp. 65-94.
- UNITED NATIONS. *World Population to 2300*. United Nations, Department of Economic and Social Affairs. New York: United Nations, 2004.
- WEBER, M. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* (Vol. 2). (R. Barbosa, & K. E. Barbosa, Trans.) Brasília, DF, Brasil: Universidade de Brasília, 1999 [1920].
- WORLD BANK. *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets*. Washington, DC: Oxford University Press, 2001.

*Ivo Teixeira Gico Jr.*

SRTVS, Qd. 701, Bl. O, n. 110, Salas 563-566  
Ed. Centro Multiempresarial - 70340-000  
Brasília - DF - Brasil  
[gico@dsg.com.br](mailto:gico@dsg.com.br)

PROFESSOR NO CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA (UNICEUB)  
DOUTOR EM DIREITO PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)  
DOUTOR EM ECONOMIA PELA UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA (UNB)  
MESTRE COM HONRA MÁXIMA PELA COLUMBIA LAW SCHOOL



## FUNÇÃO SOCIAL NA TUTELA POSSESSÓRIA EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS\*

*Marcus Eduardo de Carvalho Dantas*

SOCIAL FUNCTION IN POSSESSORY  
GUARDIANSHIP OF LAND CONFLICTS

### RESUMO

O ARTIGO É UMA REFLEXÃO DA DOGMÁTICA DO DIREITO CIVIL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL, COM ESPECIAL ENFOQUE NA ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA DO TRF-1, UTILIZANDO O MÉTODO DE ANÁLISE DE DISCURSO. O CNJ RECONHECE QUE O CONFLITO AGRÁRIO TEM PECULIARIDADES QUE EXIGEM QUE O MAGISTRADO SEJA SENSÍVEL ÀS ESPECIFICIDADES DESSE TIPO DE DISPUTA. ESSA É A BASE DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL COMO UM PRÉ-REQUISITO PARA A CONCESSÃO DA TUTELA POSSESSÓRIA, APESAR DA FALTA DE UMA DISPOSIÇÃO EXPRESSA NESSE SENTIDO. FOI POSSÍVEL COMPROVAR QUE OS TRIBUNAIS TÊM FEITO ESSE TIPO DE EXAME, MAS APENAS QUANDO O RESULTADO É FAVORÁVEL PARA O PROPRIETÁRIO. CONCLUI-SE QUE A AMPLIAÇÃO DO PAPEL DA FUNÇÃO SOCIAL NA ANÁLISE DO MERECEMENTO DE TUTELA POSSESSÓRIA MATERIALIZA O OLHAR DIFERENCIADO QUE O CNJ ESPERA QUE O JUIZ AGRÁRIO TENHA, POSSIBILITANDO A JUSTA RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE TERRA.

### PALAVRAS-CHAVE

REINTEGRAÇÃO DE POSSE; FUNÇÃO SOCIAL; CONFLITOS FUNDIÁRIOS AGRÁRIOS; JURISPRUDÊNCIA; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

### ABSTRACT

THE ARTICLE IS A REFLECTION OF DOGMATIC OF CIVIL LAW AND CIVIL PROCEDURE LAW, WITH SPECIAL FOCUS ON ANALYTICS JURISPRUDENCE OF TRF-1, USING SPEECH ANALYSIS METHOD. THE CNJ RECOGNIZES THAT THE AGRARIAN CONFLICT HAS PECULIARITIES THAT REQUIRE THE SENSIBILITY OF THE MAGISTRATES TO THE SPECIFICS OF THIS TYPE OF DISPUTE. THIS IS THE BASIS OF THE NEED FOR ANALYSIS OF THE FULFILLMENT OF THE SOCIAL FUNCTION AS A PREREQUISITE FOR THE GRANTING OF GUARDIANSHIP POSSESSORY, DESPITE THE LACK OF AN EXPRESS PROVISION IN THIS REGARD. IT WAS POSSIBLE TO PROVE THAT THE COURTS HAVE INDEED DONE THIS TYPE OF EXAMINATION, BUT ONLY WHEN ITS RESULT IS FAVORABLE TO THE OWNER. IT IS CONCLUDED THAT AMPLIFICATION OF THE ROLE OF SOCIAL FUNCTION IN THE ANALYSIS OF THE WORTHINESS OF POSSESSORY GUARDIANSHIP MATERIALIZES THE DISTINCTIVE LOOK THAT CNJ HOPES THAT AGRARIAN JUDGE SHOULD HAVE, MAKING POSSIBLE THE FAIR RESOLUTION OF LAND CONFLICTS.

### KEYWORDS

OWNERSHIP REINTEGRATION; SOCIAL FUNCTION; AGRARIAN LAND CONFLICTS; JURISPRUDENCE; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

### INTRODUÇÃO

O Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos foi criado em 11 de março de 2009 através da Portaria n. 491 do CNJ,<sup>1</sup> e já no seminário que se seguiu à sua instalação foram estabelecidas algumas diretrizes que serviriam para a delimitação de uma “agenda e de um programa de trabalho para o Fórum” a ser desenvolvida pelo órgão.<sup>2</sup>

Entre as diversas pautas encaminhadas, destaca-se o entendimento acerca da necessidade de capacitação e aperfeiçoamento dos magistrados que lidam com conflitos fundiários. De imediato, recomendou-se a adoção de uma série de medidas para esse fim, tais como a inclusão da disciplina “Direito Agrário” nos cursos oficiais de preparação, aperfeiçoamento e promoção de magistrados; a realização de encontros periódicos para a discussão e capacitação em temas agrários; o incentivo à criação das Varas Agrárias Estaduais e Federais e o fortalecimento do papel do juiz como um “conciliador e mediador de conflitos fundiários e urbanos”.<sup>3</sup>

O conjunto dessas ações espelhava o entendimento sintetizado na fala do coordenador do seminário, juiz Marcelo Berthe, que atuava como juiz auxiliar no CNJ naquela ocasião: “o juiz agrário precisa ter a sensibilidade da questão agrária”, ser “capacitado e preparado para as peculiaridades da questão agrária”.<sup>4</sup>

A pergunta que perpassa todo o estudo ora desenvolvido é: qual é essa qualidade especial que o juiz agrário deve ter? De que modo, afinal, ela pode contribuir para a modificação do dramático cenário de conflitos fundiários no país?

A hipótese de resposta é a de que construção da sensibilidade para a questão agrária pretendida pelo CNJ está intimamente ligada à devida consideração da função social como princípio determinante para a resolução do conflito agrário. Alçada à condição de princípio constitucional fundamental no art. 5º, XXIII,<sup>5</sup> e presente ainda nos artigos 182, § 2º,<sup>6</sup> art. 184<sup>7</sup> e 189.<sup>8</sup> A função social passa a ser condição determinante para a avaliação do merecimento de tutela da propriedade e da posse.

Nessa direção, o trabalho será desenvolvido com base no entendimento de que a prova do cumprimento da função social deve ser reconhecida como etapa imprescindível para a tutela possessória. Entendido como requisito para a tutela possessória, esse exame viabilizaria um controle de legitimidade constitucional da medida reintegrativa, também em sua forma liminar, e diminuiria o potencial de conflito existente em situações nas quais a proteção é concedida somente com base nas exigências formalmente estipuladas pelo Código de Processo Civil em vigor.

O objetivo é, portanto, consolidar o argumento utilizado pelo Ministro Gilson Dipp que, ocupando o cargo de Corregedor Geral de Justiça quando da realização do Seminário realizado após a criação do Fórum, encerrou o evento indicando especificamente que “os juízes precisam ter sensibilidade quando determinam uma reintegração de posse”.<sup>9</sup>

A proposta pode parecer polêmica à primeira vista, porque o artigo 927 do Código de Processo Civil<sup>10</sup> não elenca a prova do cumprimento da função social como requisito para que o autor utilize as ações possessórias. Ademais, tal necessidade de prova poderia ser considerada indevida porque, como a Constituição só fala em “função social da propriedade”, ela só poderia ser levada em consideração como parte de um processo de desapropriação. É a interpretação realizada em algumas decisões analisadas ao longo do texto.

Mas a pesquisa desenvolvida aqui procurará demonstrar não somente o desacerto das duas objeções indicadas no parágrafo anterior como também o fato de que o cumprimento da função social por parte do proprietário já vem sendo utilizado como elemento de fundamentação para a concessão da tutela possessória favorável a ele. Em resumo: como se verá ao longo do texto, em vários julgados os magistrados alegam que o desrespeito à função social não pode ser utilizado pelos pretensos esbulhadores como argumento impeditivo da reintegração favorável ao autor, mas fazem justamente o contrário quando tal análise beneficia o proprietário, considerando que a tutela possessória deve ser concedida como medida de respeito à função social exercida pelo autor da ação de reintegração.

Nisso se percebe a urgência da atuação do CNJ na construção de medidas capazes de desenvolver a sensibilidade agrária e aperfeiçoar a construção argumentativa das decisões, evitando não somente decisões tecnicamente criticáveis, decorrentes do manejo inadequado dos institutos aplicáveis à matéria, mas principalmente a possível influência de uma ideologia conservadora na formação do juízo decisório, desconsiderando completamente as nuances econômicas e sociais que inegavelmente compõem esse olhar diferenciado que o juiz agrarista deve ter diante do conflito que precisa solucionar.

### **I A MENTALIDADE AGRARISTA E A DINÂMICA DOS CONFLITOS FUNDIÁRIOS**

A referência à necessária sensibilidade dos magistrados no trato da questão agrária é comum entre os estudiosos do Direito Agrário, e está ligada a alguns dos elementos que dão corpo à própria disciplina. De modo mais destacado, os especialistas entendem que o Estado brasileiro historicamente privilegiou a monocultura em grandes extensões de terra, “estimulando ou financiando a substituição da cultura diversificada por plantações homogêneas”, colaborando “com o aumento da violência rural, representado pelo assassinato de milhares de trabalhadores rurais, e contribuiu também para a concentração da terra e com a destruição do meio ambiente” (BENATTI, 2008, p. 56). Considerando-se ainda a influência que a desigualdade na distribuição de terras tem no desenvolvimento humano (HOFFMAN, 2007, p. 221), bem como a diversidade de matrizes culturais brasileiras, a ensejar modos peculiares de relacionamento com a terra – como os que caracterizam as comunidades indígenas e povos tradicionais (BENATTI, 2008, p. 98-130) –, tem-se um mosaico de elementos com ampla vocação para formação de disputas pela superação da desigualdade no acesso à propriedade, melhoria das condições de vida no campo e o direito ao reconhecimento de modos plurais de apossamento do território.

Em tais condições, a especificidade do olhar agrarista logicamente se materializa por meio de uma análise do conflito fundiário que tenha em conta esse cenário de desequilíbrio na distribuição de terras no campo e as demandas legítimas que são geradas

a partir dele. O juiz que decide um conflito desse tipo sem levar tais elementos em consideração no seu julgamento produz uma decisão potencialmente injusta.

O conceito de “conflito fundiário” que norteia toda a investigação tem como base a definição trazida pelo “Relatório Preliminar sobre a Situação dos Conflitos Fundiários Rurais no Brasil” do CNJ, que utilizando-se da conceituação feita pela Comissão Pastoral da Terra conceitua Conflitos pela Terra como:

[...] ações de resistência e enfrentamento pela posse, uso e propriedade da terra e pelo acesso a seringais, babaçuais ou castanhais, quando envolvem posseiros, assentados, remanescentes de quilombos, parceiros, pequenos arrendatários, pequenos proprietários, ocupantes, sem-terra, seringueiros, quebradeiras de coco babaçu, castanheiros, faxinalenses, etc.<sup>11</sup>

De uma maneira geral e bastante simplificada, o estudo foi estruturado por meio da análise da argumentação judicial utilizada em ações de reintegração – e as providências judiciais decorrentes dela – desenvolvidas a partir da ocorrência de uma ocupação,<sup>12</sup> caracterizada pelo ato de adentrar imóvel rural de titularidade alheia de maneira não autorizada, como é característico na atuação dos movimentos sociais e comunidades indígenas, em que o cumprimento da função social foi argumentado como fundamento para a concessão ou denegação da medida.

Em casos como esses a questão é em geral discutida na chamada via possessória, notadamente pela utilização da ação de reintegração de posse (CPC, art. 926-931), em que o autor pretende retomar as terras provando que era o legítimo e anterior possuidor, e que foi injustamente retirado de tal posição por aquele que adentrou o imóvel sem autorização. Não se discute, portanto, quem é o proprietário do bem, bastando a verificação daquele que exercia a posse de maneira justificada.

A dinâmica do conflito relativo às comunidades tradicionais formadas por quilombolas, ribeirinhos e quebradeiras de coco geralmente apresenta contornos distintos, caracterizando-se pela requisição judicial da retomada de um determinado imóvel ocupado há muitos anos pelos integrantes de tais grupos, contestando a legitimidade da sua permanência tendo em vista a ausência de um título que a fundamente. Muito frequentemente essas populações já ocupam a área que é objeto de conflito. Em tais condições, o autor reivindica a retomada da posse do imóvel pautado no fato de que é o proprietário dele ou detentor de outro título em razão do qual não pode ser privado da posse decorrente de tal condição, na chamada via petitoria, em que se faz uso da ação reivindicatória. Como o desenlace da questão comumente passa pela verificação de quem tem o melhor título a fundamentar a sua posição, ele não seria representativo de uma verdadeira e genuína tutela possessória, mas, antes, da tutela da propriedade da qual a posse é mera consequência. É esse o motivo pelo qual tais disputas não farão parte do cerne da investigação ora realizada.

A proteção processual da posse tem a celeridade como um de seus traços característicos, notadamente no âmbito das medidas liminares cabíveis em cada caso. A função da decisão liminar é oferecer uma resposta rápida ao autor, e pode ser concedida se a ocupação ocorreu dentro de “ano e dia” (CPC art. 924)<sup>13</sup> sem a necessidade de oitiva da parte contrária (CPC, art. 928).<sup>14</sup> Aqui é que a sensibilidade agrarista, como se verá, parece ter um importante campo de atuação – na avaliação cautelosa dos termos nos quais a ação possessória será admitida bem como dos elementos com base nos quais a resposta liminar irá se materializar.

## 2 CELERIDADE E JUSTIÇA NA REINTEGRAÇÃO LIMINAR

O Fórum Nacional para Monitoramento e Resolução de Conflitos Fundiários Rurais e Urbanos tem empreendido uma série de ações desde a sua criação em 2009, sempre com o objetivo de materializar as diretrizes delineadas no seminário que se seguiu à sua criação, compreendidas como providências capazes de arrefecer os conflitos fundiários de maneira constitucionalmente orientada. Várias ações têm sido efetivadas na direção da modernização das varas agrárias, sistematização dos processos, empenho no cumprimento das decisões já tomadas pelos juízes e, principalmente, quanto à celeridade nas decisões dos conflitos fundiários, para que a sociedade encontre no Judiciário uma resposta rápida às suas demandas, principalmente nessa seara em que as disputas têm consequências tão dramáticas no que diz respeito à garantia da vida e dos direitos fundamentais de uma maneira geral.<sup>15</sup>

Porém, é preciso concordar: um processo célere não necessariamente é justo (DIDIER Jr., 2012, p. 43-44; DINAMARCO, 2013, p. 223) e, da mesma forma, um conflito pacificado pela reintegração nem sempre é um conflito sem mortes ou danos físicos e materiais para as pessoas que estão envolvidas nele.<sup>16</sup>

Por esse motivo é que parece adequado reconhecer que a “sensibilidade para a questão agrária” deve necessariamente ir mais além da elaboração de uma decisão rápida que, ademais, é da própria essência da liminar de reintegração, ou da tutela antecipada. O olhar do juiz agrário deve estar também atento para a qualidade da pacificação obtida como resultado imediato da retirada da parte processualmente qualificada como esbulhadora do imóvel cuja posse é objeto de disputa, e é nessa direção que o CNJ pode tomar medidas eficazes.

Em geral, o momento processual para a ponderação acerca da adequação da concessão da medida liminar de reintegração é a chamada audiência de justificação, cuja possibilidade de realização é explícita no CPC, art. 928. Essa etapa tecnicamente serve para a verificação mais detalhada dos elementos que o autor da ação de reintegração utiliza para fundamentar a exigência de uma medida imediata de proteção do seu direito, permitindo ao magistrado uma avaliação mais profunda e articulada dos elementos pelos quais o autor busca justificar sua requisição, e sua realização não é obrigatória.

Em verdade, o grande desafio consiste na necessidade de reinterpretação, à luz da constituição, da cláusula que, no artigo 928 do CPC, qualifica como facultativa a realização da audiência de justificação quando o magistrado entender que a petição inicial está “devidamente instruída”. Várias decisões que utilizam a função social como elemento de qualificação somente da posse do proprietário-autor não vislumbraram qualquer necessidade de uma instrução mais profunda das razões apresentadas pelo titular do imóvel, quando da requisição da tutela possessória (TRF-1, AG 0064574-47.2012.4.01.0000/BA, Rel.: Des. José Amilcar Machado, j.18/01/2013, p.23/01/2013; TRF-1, AG 2002.01.00.040415-0/BA, Juiz Federal Gregório Carlos dos Santos, 4ª T, DJe 28/09/2011, p. 79; TRF-1, AI n. 2003.01.00.037950-2/MG, Rel. Des. Selene Maria de Almeida, 5ª T, j.2/02/2004).<sup>17</sup>

É certo que a audiência de justificação não é uma “audiência de conciliação” entre as partes envolvidas no conflito agrário, mas a sua realização, antecedida pela inspeção judicial *in loco*, pode fornecer elementos cruciais para a resolução do conflito. Ademais, ainda que a realização dessa etapa processual não seja um mecanismo peculiar ao juiz agrarista, o aprofundamento das investigações acerca da forma concreta por meio da qual a posse é exercida, considerando a necessidade de cumprimento da função social como diretriz, pode trazer importantes ganhos para a formação da mentalidade agrarista pretendida pelo CNJ. Mas por que o eventual descumprimento da função social por parte do autor não tem sido aceito como argumento em favor dos pretensos esbulhadores nos conflitos possessórios?

### 3 RAZÕES DA DESCONSIDERAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL

O primeiro argumento normalmente utilizado pelos magistrados que entendem que o juiz não precisa levar em consideração a função social da posse na sua avaliação do cumprimento dos requisitos para a concessão da medida liminar é o mais simples: essa exigência não está prevista no artigo 927 do CPC e, portanto, não poderia ser tida como um requisito para a concessão da medida.

Nessa linha, conforme indicado na decisão do TRF-1 na AC n. 2005.38.00.035559-5/MG, Rel. Des. Hilton Queiroz, 4ª T, Dj. de 16/05/2006, p. 64: “na ação de reintegração de posse, o Magistrado deve observar exclusivamente se o autor provou sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data e a perda da posse”, ou seja, não há espaço para verificação do cumprimento da função social como um dos requisitos para a concessão da reintegração simplesmente porque isso não está previsto no Código de Processo Civil.

Considerar que os requisitos para a o manejo das ações possessórias são tão somente os explicitamente indicados no artigo 927 do CPC remete à discussão acerca da exaustividade da manifestação legislativa acerca do tema, hipótese na qual é pertinente

questionar: o referido artigo traz todos os requisitos relevantes para que a tutela possa ser pleiteada?

A resposta positiva significa que nenhuma propriedade relevante deixou de ser considerada pelo legislador ao estabelecer os requisitos para o manejo da ação possessória, o que seria uma clara aplicação do argumento a *contrario sensu*: como o legislador especificou um certo número de requisitos para a requisição da tutela possessória, nenhum outro poderá ser exigido, ou seja, o elenco é taxativo. Como indica Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2008, p. 313), o argumento a *contrario sensu* é logicamente insustentável “pois uma consequência verdadeira pode resultar de um princípio falso, bem como duas hipóteses contrárias podem ter a mesma consequência”. Ademais, a interpretação de que ao positivar certos requisitos o legislador excluiu todos os outros é uma variante fraca do argumento a *contrario sensu*, pois não há reciprocidade entre os requisitos incluídos e excluídos, posto que a referência à posse na reintegração não se opõe à “não posse”<sup>18</sup> mas, antes, à “posse injusta” (THEODORO JR., 2013, p. 127). Essa é a razão da insuficiência do elenco positivado, porque para que a posse do autor da ação de reintegração seja justa ela necessariamente deverá estar em harmonia com a função social, ou seja, o juiz não terá como deixar averiguar o cumprimento da exigência constitucional, o que mostra que essa é uma propriedade relevante que não foi expressamente indicada entre os requisitos necessários à requisição da medida.

A resposta negativa à pergunta sobre a suficiência do elenco do artigo 927 do CPC leva em consideração as imprecisões inerentes à linguagem em geral, notadamente a sua “textura aberta” (*open texture*), e a jurídica em particular, principalmente no que diz respeito às ambiguidades, contradições, redundâncias e lacunas que podem afetar a leitura dos sistemas normativos e que, em última instância, remetem a uma imprecisão a qual o direito não tem como eliminar (ALCHOURRÓN; BULYGIN, 1971, p. 96-106).

Em tais condições, abre-se o campo para a argumentação, e é possível questionar as razões pelas quais a interpretação de que há correspondência entre *voluntas legis* e *voluntas legislatoris* na positivação legislativa dos requisitos necessários para a requisição de tutela pelo possuidor é correta. Dessa dúvida conjectural (FERRAZ Jr., 2008, p. 310) surge a possibilidade de indicação de que, em verdade, o legislador “quer mais”, ou seja, “disse menos do que gostaria/deveria dizer” (*lex minus dixit quam voluit*), hipótese na qual passa-se à defesa da inclusão do elemento “função social” entre as propriedades relevantes a serem consideradas pelo sistema de proteção da posse. Assim, a “intenção do legislador”, enquanto argumento auxiliar, ganha a forma de uma interpretação extensiva para inserir a função social como elemento de qualificação da legitimidade da tutela (GUASTINI, 2006, p. 160-161).

Vê-se, portanto, que a consideração do atual estágio das discussões dogmáticas e também jurisprudenciais deve ser o suficiente para demonstrar que o entendimento

de que “o que não está prescrito não pode ser exigido” demanda uma argumentação mais intensa e organizada do que a indicada no julgado.

Outra argumentação muito fortemente utilizada pelos magistrados é a de que a exigência da prova do cumprimento da função social como requisito para a concessão da medida liminar reintegrativa é incorreta porque não se deve discutir a produtividade da terra em ação de reintegração de posse, como se pode verificar na decisão do TRF-1 no AI n. 2006.01.00.017987-9/MG, Rel. Des. João Batista Moreira, j. 21/06/2006:

O artigo 927 do Código de Processo Civil dispõe que na ação de reintegração de posse incumbe ao autor provar a sua posse, o esbulho praticado pelo réu, a data do esbulho e a perda da posse. [...] A decisão agravada insere no debate, a meu ver indevidamente, a discussão acerca da produtividade da terra na ação de reintegração de posse.

Esse raciocínio, representativo do pensamento consolidado no âmbito do TRF-1 – tribunal com o maior número de varas agrárias federais no país<sup>19</sup> –, poderia ser considerado à primeira vista uma defesa da proibição da exceção de domínio, conforme disposto no parágrafo segundo do artigo 1210 do Código Civil,<sup>20</sup> cujo objetivo é justamente impedir a confusão entre as linhas demarcatórias do juízo petitório e o juízo possessório.

Mas não é disso que se trata, porque a proibição da exceção de domínio tem a pretensão de impedir que qualquer das partes envolvidas no litígio em torno da posse alegue a sua condição de proprietário como argumento para sua defesa (CIMARDI, 2008, p. 193). Quando o pressuposto esbulhador alega a justiça da sua posse com base no eventual descumprimento da função social por parte do proprietário do imóvel, ele não está inserindo o petitório no possessório, mas pleiteando tal investigação para que o resultado dela seja utilizado como elemento de qualificação da posse exercida por cada um dos contentores. Se a função é descumprida, a posse é injusta e, portanto, não merece proteção.

Outra interpretação possível é a de que a inadequação da discussão acerca da produtividade na ação possessória se deve ao fato de que tal investigação só deve ser feita como etapa de um processo de desapropriação, eis que a propriedade que é produtiva não pode ser desapropriada, conforme determinado no artigo 185, II da Constituição Federal.<sup>21</sup>

Desde logo é possível questionar: a existência de um processo específico para a desapropriação impede que o descumprimento da função social seja investigado em outras situações? O exame da função social só pode ser feito através do procedimento estabelecido na Lei n. 4504/64? Ao que parece, existem boas razões para se reconhecer que os parâmetros estabelecidos para a aferição do cumprimento ou não da função social não esgotam as situações nas quais ela pode ser violada.

#### 4 A FUNÇÃO SOCIAL SÓ PODE SER ANALISADA EM PROCESSOS DE DESAPROPRIAÇÃO?

Também é possível encontrar na jurisprudência do TRF-1 o entendimento de que não é possível analisar o cumprimento da função social em ações de reintegração porque esse é um assunto que só tem cabimento no âmbito dos processos de desapropriação, com todas as etapas e garantias disciplinadas no Estatuto da Terra. É o que se pode interpretar da leitura da seguinte ementa:

AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ANÁLISE DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. IMPOSSIBILIDADE.

1 – Ação de reintegração de posse não é o instrumento adequado para promover desapropriação de terras improdutivas.

2 – É certo que a propriedade deve desempenhar sua função social, sob pena de ser objeto de desapropriação. Não se pode olvidar, todavia, que o Poder Executivo é fonte primária de implementação de políticas públicas, não o Judiciário.

3 – A concessão de terras invadidas, ainda que no mérito tenham razão os invasores, é estímulo ao caos, na medida que autoriza a realização da justiça privada. (TRF-1, AC 2005.38.00.035559-5/MG. Rel.: Des. Hilton Queiroz, 4ª T., j.18.4.2006. Dj.16.5.2006, p.64)

Não há nenhuma dúvida de que a ação de reintegração de posse não é o meio pelo qual é possível desapropriar terras improdutivas. Da mesma forma, é inquestionável o raciocínio de que o juiz não deve “conceder” terras invadidas, cabendo ao Poder Executivo a responsabilidade pela implementação da política de reforma agrária.

Mas o fato de que existe um processo específico para a desapropriação de terras improdutivas não significa que essa seja a única consequência da não observância do princípio constitucional e tampouco que só haja violação quando os requisitos dispostos no artigo 186 da Constituição<sup>22</sup> não forem cumpridos. Tanto é assim que a própria decisão faz a ressalva de que “ainda que no mérito tenham razão os invasores”, ou seja, ainda que a função social esteja efetivamente sendo descumprida, o resultado não poderia ser favorável a eles, porque a decisão com base em tal argumento só seria possível dentro de um processo de desapropriação. Aí é que está o problema: o Tribunal reconhece subliminarmente que a função social pode estar sendo descumprida naquele caso, mas como restringe a discussão aos processos de desapropriação desconsidera qualquer outro efeito que não a perda da titularidade por parte do proprietário que não exerceu o seu direito nos moldes constitucionalmente positivados.

Na verdade, a desapropriação é apenas a consequência mais radical do descumprimento e exatamente por isso é que só pode se efetivar dentro de um processo específico, com requisitos próprios. Mas ela não é sua única consequência, que pode ocorrer em várias outras situações que não dão ensejo à perda da titularidade.

Para comprovar tal argumento, passa-se à análise de como a questão é tratada no âmbito da propriedade urbana e de bens públicos, tanto os de uso comum quanto os dominicais, posto que a Constituição Federal não fez qualquer distinção entre os bens que estão submetidos ao cumprimento da função social no artigo 5º, XXIII.

Existem dois pontos de contato entre a regulamentação da propriedade urbana e da propriedade rural no que diz respeito ao tema da função social que são imediatamente visíveis: a existência de critérios objetivos por meio dos quais é possível atestar o seu cumprimento e a possibilidade da desapropriação, tendo em vista as disposições da Lei n. 10257/01 (Estatuto da Cidade) e dos respectivos planos diretores.

Mas ao contrário do entendimento formado no que diz respeito à seara rural, não há qualquer dúvida quanto à existência de muitas outras consequências para o descumprimento da função social urbana, além da desapropriação. Vários exemplos podem ser encontrados na jurisprudência: desde a inadequação da manutenção de cláusula de inalienabilidade ante a impossibilidade financeira de conservação do bem (STJ, REsp.1.158.679-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/04/2011) até a extinção do usufruto pelo não uso (STJ, REsp.1179259-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julgado em 14/05/2013, Dje 24/05/2013); passando ainda pela extinção apenas parcial de S/A mesmo ante o pedido de dissolução total, como forma de contemplar de modo mais efetivo o referido princípio (STJ, REsp.507.490-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 19/9/2006).

Outro exemplo de que a desapropriação não é a única consequência do descumprimento da função social pode ser dado pela existência do chamado IPTU progressivo. É justamente com base no descumprimento do princípio constitucional que a alíquota do imposto pode ser majorada, no intuito de forçar o proprietário a adequar o exercício do seu direito. Considerando-se os marcos normativos delineados pela Constituição (art. 182, par. 4º;<sup>23</sup> art. 156, par. 1º, I e II<sup>24</sup>), pelo Estatuto da Cidade (art. 5º, § 1º), pelos planos diretores dos Municípios e pelo estipulado na Súmula 668 do STF (“É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU. Salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana”), não restam dúvidas: “O IPTU-sanção só é legal, nos termos da jurisprudência consolidada pelo STF, nestes casos de não implemento da função social da propriedade” (PENTEADO, 2012, p. 236). Se a progressividade é sanção, então a função social da propriedade foi descumprida em uma hipótese que não tem a desapropriação como sua consequência imediata.

A necessidade de respeito à função social também é exigível do Poder Público, seja com relação a bens de uso comum, de uso especial ou bens dominicais. Para o desenvolvimento desse raciocínio é mais do que apropriado o estudo realizado por Silvio Ferreira da Rocha (Conselheiro do CNJ) em seu livro *Função Social da Propriedade Pública*, publicado em 2005.

A obra serve perfeitamente ao propósito aqui defendido porque nela, em primeiro lugar, o autor precisou enfrentar o tema da desapropriação como sanção. Isso porque Silvio Ferreira da Rocha dialoga com Angel M. Lopez y Lopez, autor que em um primeiro momento considerou que não seria possível exigir o cumprimento da função social por parte do Poder Público justamente porque a sua inobservância não daria ensejo à desapropriação (ROCHA, 2005, p. 122). Vê-se aí outra versão do mesmo argumento utilizado na sentença destacada anteriormente: considerando que o único efeito do descumprimento é a desapropriação-sanção, não seria possível exigir o cumprimento de quem não pode ser desapropriado.

Mas não apenas a possibilidade de desapropriação de bens públicos já vem sendo discutida na doutrina (ROCHA, 2005, p. 144) como várias outras consequências da inobservância do princípio constitucional pelo Poder Público podem ser vislumbradas, como a “suspensão ou rejeição da pretensão reintegratória do Poder Público relativa a bem de uso comum em consideração a outros interesses juridicamente relevantes envolvidos” (ROCHA, 2005, p. 132); a rejeição da pretensão reivindicatória de bem de uso comum; a possibilidade de incidência do Estatuto da Cidade, precisamente no que diz respeito às sanções de parcelamento, edificação ou utilização compulsória previstas no art. 5º, § 1º, quando o imóvel público de uso especial ou dominical puder ser qualificado como subutilizado, entre outras (ROCHA, 2005, p. 142).

Cabe também ressaltar a pertinência do argumento *a maiori ad minus*, pois se até com relação ao Poder Público se faz a defesa de consequências do descumprimento que vão muito além da desapropriação, a mesma possibilidade deve ser reconhecida com mais razão para o particular titular de uma propriedade rural.

Em verdade, a jurisprudência do TRF-1 está bastante consolidada no entendimento de que é possível analisar o cumprimento da função social nas ações possessórias, mas os magistrados só vêm utilizando tal argumento como mecanismo de qualificação da posse quando tal verificação é benéfica para o autor da ação de reintegração. Alguns exemplos comprovam essa afirmação:

Incensurável a sentença que confere proteção possessória ao Requerente, [...] uma vez comprovado, nos autos, que ele exerce pacificamente a posse dos imóveis rurais há mais de 30 anos, com justo título e boa-fé, em razão de o Estado da Bahia, em processos de alienação de terras públicas, ter-lhe outorgado o título definitivo das Fazendas [...] e tendo presente a prova da utilização sócio-econômica desses imóveis, onde são executadas atividades de criação de gado e venda de leite, dando-se cumprimento à função social da propriedade rural, em atendimento ao que preceitua o artigo 186 da Carta Magna. (TRF-1, AC 2006.33.11.001550-1/BA, Rel. Des. Fagundes de Deus, 5ªT., Dj, 21/10/2011, p. 212).

A decisão anterior demonstra que a polêmica acerca da inserção da temática da função social nas ações de reintegração não tem relação com a exceção de domínio, tendo em vista que não se faz nenhuma ressalva à explícita referência à função social como “função social da propriedade” com base no artigo 186 da CF, mesmo no âmbito de um processo relativo à posse.

Na mesma linha de entendimento:

[...] a situação recomenda, em princípio, a expedição de mandado proibitório a fim de impedir a ameaça de esbulho ou turbção da posse dos imóveis rurais pelos índios da Comunidade Indígena Pataxó, pois se a terra é devidamente explorada em todo esse período não se deve impedir que os autores possam produzir seu sustento sob o pretexto de que as terras seriam indígenas. (TRF-1, AG n. 2002.01.00.040415-0/BA; Rel. Juiz Federal Gregório Carlos dos Santos, 4ªT., Dj, 28/09/2011, p. 79).

E ainda:

De fato, afigura-se-me que o desapossamento repentino do demandante de sua propriedade, onde exerce sua atividade agropecuária há vários anos, provocaria, neste momento, uma situação de desequilíbrio que seria desproporcional ao próprio retardamento do reingresso dos índios em terras que, em tese, seriam destinadas ao seu habitat. O esbulho possessório, pela violência e a sua conseqüente intranquilidade social, deve ser reprimido (CC, art.1210, caput), restabelecendo-se a situação que existia anteriormente em relação ao objeto da ação, tendo como desiderato final a garantia da ordem social, que o mandado de reintegração redundaria em espécie de punição ao agente violador da posse, que lançou mão das vias de fato para alcançar sua pretensão. Não se apresenta razoável, portanto, cancelar o ato violento, ainda que sua fundamentação tenha origem legítima (CC., art.1211). (TRF-1, AG n. 0073151-14.2012.4.01.0000/BA, Rel.: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira de Barros, j., 05/03/2013; p., 12/03/2013).<sup>25</sup>

Aqui fica ainda mais evidente a contradição existente na forma como a questão vem sendo tratada pelos tribunais. Considerou-se, de um lado, que o desapossamento do bem onde o autor “exerce atividade agropecuária há vários anos” geraria uma situação de desequilíbrio entre as partes – o proprietário e os índios –, o que seria justamente o oposto daquilo que se pressupõe aqui como a mentalidade agrarista pretendida pelo CNJ. Ao enxergar a existência de um desequilíbrio entre as partes em prejuízo do proprietário, o magistrado defendeu aquilo que é o oposto perfeito de tudo o que a doutrina especializada compreende sobre o tema. Da mesma forma,

utilizou-se o exercício de atividade agropecuária como elemento qualificador da posse do proprietário-autor, em mais uma demonstração de que os tribunais já fazem a verificação aqui defendida em processo de reintegração de posse, mas apenas em benefício do proprietário.

O raciocínio se repete:

1 – Comprovadas a posse e a utilização socioeconômica do imóvel invadido, com atividades ligadas a agropecuária, tem-se, por acertado, o deferimento da liminar reintegratória. 2 – Em exame perfunctório, como o exercitado em sede de agravo, impossível é concluir pela posse indígena sobre as terras em litígio, sem perícia antropológica que indique sem margem a dúvida, a influência indígena demonstrativa de que, não há muitos anos, os índios tinham ali o seu habitat. (TRF-1, AG, n. 2004.01.00.052638-8/BA, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, 6ª T, Dj de 15/05/2006, p.106).

O cumprimento da função social da propriedade por parte do autor – que em relação à produtividade depende da comprovação de índices somente passíveis de apuração através de perícia técnica – pôde ser atestado mediante um “exame perfunctório”, mas a posse indígena, não. Se os dois requisitos dependem de perícia para serem objetivamente atestados, é do proprietário – como a parte mais forte no litígio – o dever de comprovar efetivamente o cumprimento da função social como requisito de qualificação da sua posse, sob pena de não poder utilizar a via possessória para a defesa da sua posição.

Se existe descumprimento da função social urbana que não dá ensejo à desapropriação da propriedade privada; se até mesmo no caso dos bens públicos dominicais e de uso comum o Poder Público pode ser objeto de toda uma miríade de sanções que passam ao largo da desapropriação e se os tribunais já fazem uso da função social como elemento de qualificação da posse quando tal investigação é favorável ao autor da ação de reintegração, não há nenhuma razão plausível para que no caso da propriedade privada rural o descumprimento do princípio constitucional só possa ser investigado em processos de desapropriação.

Acrescente-se ainda o valor constitucional dos bens jurídicos em jogo: seja no caso da posse agrária, seja no caso da posse indígena, ou mesmo no eventual conflito entre esses tipos de posse, os bens jurídicos envolvidos têm sede constitucional, o que necessariamente coloca a função social no centro da investigação acerca daquele que deve ter a tutela do ordenamento.

Cabe então a pergunta: de que maneira a análise da função social seria feita nos processos de reintegração? Qual seria o papel que tal avaliação desempenharia nesse contexto?

## **5 QUAL O PAPEL QUE A ANÁLISE DO CUMPRIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL POR PARTE DO PROPRIETÁRIO DESEMPENHARIA NOS PROCESSOS DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE?**

Por tudo o que foi até aqui investigado é possível dizer que a “mentalidade agrarista” requerida do magistrado aponta para um aumento da importância da verificação do cumprimento da função social na resolução dos conflitos possessórios. O desafio maior está na compatibilização desse exame com a dinâmica processual incidente na hipótese. De forma resumida: a função social deve ser considerada um requisito para a utilização da ação de reintegração de posse – de modo que, sem tal comprovação, o autor só teria a via petítoria para defender sua posição – ou deve ser encarada como elemento de qualificação da posse, a ser investigado quando da decisão do mérito da ação de reintegração, servindo para a aferição daquele que deve ser reconhecido como legítimo possuidor?

Doutrinadores como Teori Albino Zavascki (2002, p. 804), Sérgio Sérvulo da Cunha (2000, p. 263) e Fredie Didier Jr. (2010, p. 190) entendem que, partindo-se do princípio de que o proprietário está obrigado ao cumprimento da função social, e que isso diz respeito ao modo como exerce o seu direito, ou seja, pela posse, os dispositivos constitucionais relativos à função social seriam aplicáveis à temática possessória. Nesse sentido:

pode-se afirmar que a Constituição de 1988 criou um novo pressuposto para a obtenção da proteção processual possessória: a prova do cumprimento da função social. Assim o art.927 do CPC (...) deve ser interpretado como se ali houvesse um novo inciso (o inciso V), que se reputa como pressuposto implícito, decorrente do modelo constitucional de proteção da propriedade. (DIDIER, 2010, p. 190)

Utilizando ainda uma vez o argumento *a maiori ad minus* é possível reconhecer que se do proprietário – titular de uma gama maior de possibilidades jurídicas quando comparado ao possuidor – é exigido o cumprimento da função social da propriedade, sob pena de possível não reconhecimento do seu próprio direito, não haveria qualquer razão pela qual o possuidor pudesse se abster de tal obrigação constitucional, mesmo reconhecendo a divergência doutrinária sobre a existência ou não de diferenças entre essas duas formas de materialização da função social (FACHIN, 1988, p. 20; ALBUQUERQUE, 2002, p. 215; TORRES, 2008, p. 277).

Em tais condições, o proprietário que não fizer prova do cumprimento da função social não poderia utilizar a ação de reintegração de posse. Como um quinto requisito do artigo 927 o autor deveria comprovar “a posse” e “o cumprimento da função social”. Mas existe posse sem função social?

As chamadas “teorias sociológicas”, desenvolvidas por autores como Silvio Perozzi, Raymond Saleilles e Hernandez Gil, procuram tratar da função social como um

elemento integrante da própria ideia de posse, o que significa dizer que sem ela a posse não existe. Assim,

aquele que [...], cerca um imóvel adequado à produção e deixa-o ao léu, [...] não pode alegar que dele dispõe para a sua função social. Por certo não está exercendo o uso ou o gozo do bem; a rigor sequer tem-no à disposição para o objetivo social. Logo, não é possuidor do imóvel (RUSCHEL, 1997, p. 155).

É cabível aqui novamente uma aproximação com a função social da propriedade. Isso porque setores mais progressistas da doutrina jurídica nacional e internacional consideram, tal qual os defensores das teorias sociológicas da posse, que a função social é um componente do conceito de propriedade. Sem função social, não há direito de propriedade: “a funcionalização da propriedade é introdução de um critério de valoração da própria titularidade, que passa a exigir atuações positivas de seu titular, a fim de adequar-se à tarefa que dele se espera na sociedade” (TEPEDINO; SCHREIBER, 2002, p. 122, PERLINGIERI, 2007, p. 226). Na mesma linha, Eros Roberto Grau considera que a função social é um “pressuposto necessário à propriedade privada”. Como consequência, “se a partir desse ponto deixarmos fluir coerentemente o raciocínio, forçosamente concluiremos que a propriedade dotada de função social, que não esteja a cumpri-la, já não será mais objeto de proteção jurídica”, de modo que “em outros termos: já não há mais, no caso, bem que possa juridicamente ser objeto de propriedade” (GRAU, 2010, p. 316). Uma objeção pode ser imediatamente feita a tais argumentos.

Se a própria constituição prevê a necessidade de “desapropriação” para o caso de não cumprimento da função social, garantindo inclusive indenização ao proprietário, é porque, logicamente, considera que a função social não é elemento constitutivo da ideia de propriedade (GRAU, 2010, p. 316). Consequentemente, e ainda como reflexo do argumento *a maiori ad minus*, é mais difícil defender tal requisito para o reconhecimento da própria ideia de posse.

Tudo parece indicar que a função social deve ser compreendida, na esteira da citação indicada anteriormente, como um requisito implícito do art. 927 do CPC e como uma exigência do princípio constitucional da função social da propriedade (CF, art. 5º, XXIII) que é, na verdade, da função social da posse exercida pelo proprietário. Duas objeções ainda podem surgir nesse ponto: a primeira, de ordem política, e a segunda, de caráter dogmático.

A objeção de ordem política ou ideológica *lato sensu* ao “novo inciso” do art. 927 do CPC decorre do fato de que o Legislador ordinário, ao que parece, recusou tal exigência, posto que na redação do texto-base do novo Código de Processo Civil, levado a votação em novembro, não há qualquer menção à prova do cumprimento da função social da posse como requisito para utilização da ação de reintegração.<sup>26</sup> Considerando

que tal exigência constava da versão inicial do projeto, a sua retirada parece um ato deliberado de recusa à tal previsão. Parte-se aqui de uma deferência ao legislador para justificar uma postura interpretativa conservadora por parte do magistrado (*judicial restraint*), favorecendo uma interpretação literal na hipótese e restritiva das propriedades relevantes para a utilização das ações possessórias. Como contraponto, é razoável reconhecer que tal doutrina está em desacordo com o ativismo judicial hegemonicamente presente nas cortes brasileiras, dificultando o dinamismo necessário à interpretação da legislação infraconstitucional em um tempo de aceleradas modificações sociais.

A objeção de ordem dogmática decorre da dificuldade de compatibilizar o exame da função social com as noções de *causa petendi* e a decisão de mérito prolatada na reintegração. Os requisitos de admissibilidade da ação de reintegração estão pautados no “fato da posse” (CIMARDI, 2008, p. 140), razão pela qual não seria adequado valorá-la nessa etapa, sob pena de antecipação do mérito da decisão. Isso porque a função social é elemento determinante para a caracterização da justiça ou injustiça da posse e, em um ambiente de constitucionalização da temática possessória, passa a ter mais peso até do que a discussão acerca da maior ou menor extensão dos vícios da posse (DANTAS, 2013, p. 36).

Além dos argumentos já indicados no item 3 – quando foi investigada a possibilidade de superação da tese da exaustividade dos requisitos estipulados para obtenção da tutela possessória –, essa objeção dogmática também pode ser superada da seguinte forma: do mesmo modo que uma conduta indicada como esbulho na petição inicial pode ser desqualificada como tal no mérito da decisão, uma posse inicialmente apresentada como cumpridora da função social pode não permanecer ostentando tal condição quando da resolução da disputa. Ou seja: a prova do cumprimento da função social, como requisito para a utilização da ação de reintegração não resolve automaticamente a disputa em favor do autor, não havendo, portanto, antecipação do mérito, já que a qualificação reconhecida para a admissibilidade pode não se consolidar na decisão final. Vê-se, portanto, que não há nenhum óbice dogmático à exigência da referida comprovação para a utilização da ação de reintegração.

De se ressaltar ainda o papel fundamental que a tutela liminar exerce na resolução dos conflitos possessórios, posto que a medida se materializa como uma verdadeira tutela antecipada (CPC, art. 273),<sup>27</sup> já que a retirada imediata dos ocupantes – de forma muitas vezes violenta –, esvazia completamente o fato social criado com a ocupação, o que dificulta sobremaneira a reversão de um resultado posteriormente reconhecido como injusto (ROCHA, 2002, p. 53).

Nessa linha, viu-se que se do proprietário – que tem mais direitos que o possuidor – é exigida a prova do cumprimento da função social como requisito para tutela do seu direito, com mais razão o possuidor deve fazê-la, como requisito para utilização das ações possessórias e em respeito ao princípio constitucional. Da mesma forma,

se tal comprovação pode ser exigida do possuidor para manejo dos interditos possessórios, com mais razão tal exigência deve ser feita para obtenção da liminar que, concretamente, antecipa o mérito da decisão.

De tudo o que foi exposto, é possível identificar algumas linhas através das quais o CNJ poderia atuar em defesa da concretização da mentalidade agrarista que vem buscando incutir no juiz agrário. Em primeiro lugar, o órgão poderia determinar que o juiz exigisse a apresentação do mapa da área sobre a qual o autor alega ter posse, com as devidas coordenadas geográficas e/ou a planta dos vértices do imóvel, com as suas respectivas confrontações. Tal providência, somada à apresentação das demais provas documentais que comprovem não apenas o exercício da posse mas o respeito à função social, teria o condão de circunscrever de modo objetivo o bem que é objeto da demanda e configurar a observância do princípio constitucional. Tal exigência encontra fundamento no próprio art. 927 do CPC em vigor, que exige a prova da posse.

Combinando a leitura do art. 927 com o disposto no art. 928 do mesmo CPC, a necessidade da “devida instrução” para obtenção da medida liminar poderia fundamentar outra medida por parte do CNJ: a obrigatoriedade da realização da inspeção judicial, como etapa prévia e essencial para realização da audiência de justificação, bem como a eventual concessão da medida liminar. O relatório apresentado pelo “Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos Estados do Pará, Mato Grosso e Paraná (2003-2011)” demonstra que no Estado do Paraná, por exemplo, em 36 ações possessórias examinadas a inspeção judicial foi realizada em apenas um caso, e uma audiência de justificação teve lugar em apenas oito oportunidades (TÁRREGA, 2012, p.58).

A inspeção *in loco* pelo magistrado tem a capacidade de fornecer as dimensões reais do conflito e não pode ser mantida na condição de uma opção do magistrado. O caráter constitucional dos bens jurídicos envolvidos exige tal providência. As duas medidas combinadas podem contribuir para obtenção de decisões mais justas no âmbito dos conflitos possessórios.

## CONCLUSÃO

A análise da função social nos conflitos possessórios teria o condão de impedir que a reintegração fosse concedida em situações de flagrante desobediência do preceito constitucional pertinente. Isso faria com que houvesse mais tempo para emitir uma sentença, mediante provas mais robustas de ambas as partes e um contraditório mais efetivo, e não impediria a busca de tutela pela via petitória, tendo, antes, o objetivo de evitar o açodamento que pode existir em um exame liminar “perfunctório”, incentivando à reflexão.

Como se indicou, nas ocupações normalmente realizadas o objetivo não é “passar a ser o proprietário do bem”, até mesmo porque o juiz não pode, pura e simplesmente, desapropriar um imóvel e passá-lo para o nome dos ocupantes. Em verdade, a atuação dos movimentos sociais e comunidades indígenas têm o objetivo de chamar a atenção das autoridades públicas para a existência de uma dúvida acerca do cumprimento da função social por parte do proprietário do bem ocupado, no que se revela a importância da mentalidade agrarista.

Considerando-se as consequências altamente danosas, as liminares nos conflitos fundiários demandam uma análise mais apurada por parte do magistrado. O CNJ tem condições de fomentar ações que, ao fornecerem a capacitação necessária para a formação dos juízes, realcem efetivamente que o magistrado com mentalidade agrarista deve ter a função social como guia para a resolução do conflito agrário. Passar ao largo das peculiaridades anteriormente indicadas é se manter neutro em uma seara na qual o CNJ busca um olhar diferenciado. É diminuir as possibilidades de transformação social potencialmente existentes no artigo onde se lê “a propriedade atenderá a sua função social” (CF, art. 5º, XXIII).

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 30/07/2013

#### NOTAS

\* O autor agradece ao CNPQ pela bolsa concedida para a realização da sua pesquisa de Pós-Doutorado.

1 BRASIL. Portaria n. 491 de 11 de março de 2009 (Institui o Fórum Nacional para monitoramento e resolução dos conflitos fundiários rurais e urbanos). *CNJ – Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: 2009. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br//images/atos\\_normativos/portaria/portaria\\_491\\_11032009\\_19102012141043.pdf](http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/portaria/portaria_491_11032009_19102012141043.pdf)>. Acesso em: 23 mai. 2013.

2 “Fórum Nacional para monitorar conflitos fundiários será instalado no próximo dia 11”. *CNJ – Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/6533-forum-nacional-para-monitorar-conflitos-fundiarios-sera-instalado-no-proximo-dia-11->>. Acesso em: 23 mai. 2013.

3 “Fórum apresenta sugestões para redução de conflitos agrários”. *CNJ – Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/6584-forum-apresenta-sugestoes-para-reducao-de-conflitos-agrarios>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

4 Op. cit.

5 CF, 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:

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

6 Art. 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.”

7 Art. 184: “Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.”

8 Art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

9 “Corregedor cobra sensibilidade de magistrados em questões agrárias”. *CNJ – Conselho Nacional de Justiça*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/component/content/article/96-noticias/6586-corregedor-cobra-sensibilidade-de-magistrados-em-questoes-agrarias>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

10 CPC, Art. 927: Incumbe ao autor provar:

I - a sua posse;

II - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;

III - a data da turbação ou do esbulho;

IV - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.”

11 “Relatório preliminar sobre a situação dos conflitos fundiários rurais no Brasil”. *Departamento de Pesquisas Judiciárias – Diretoria de Projetos. CNJ – Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/portalcnj/images/relatpreliminar%20-%20conflitos%20fundirios.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2013.

12 Existe uma disputa semântica acerca da palavra mais adequada para qualificar o ato de “adentrar imóvel de titularidade alheia”, tendo em vista, justamente, as peculiaridades inerentes ao conflito agrário – que o CNJ quer tornar visíveis para o juiz agrarista. Nesse sentido, o termo “ocupação” é utilizado como reflexo de uma valoração positiva do ato, reconhecendo-o como reflexo de uma legítima manifestação democrática, tal qual usado em STJ, REsp, 168461/ES, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. 25/08/1998, Dj. de 26/10/1998, p. 171. Do lado oposto, o termo “invasão” já é representativo de uma compreensão negativa do ato, muito frequentemente interpretado pela ótica criminal, como se vê em STF, MS n. 23.759/GO, Rel. Min. Celso de Mello, j. 17/04/2002, Dj. de 22/08/2003, p. 21.

13 CPC, Art. 924: “Regem o procedimento de manutenção e de reintegração de posse as normas da seção seguinte, quando intentado dentro de ano e dia da turbação ou do esbulho; passado esse prazo, será ordinário, não perdendo, contudo, o caráter possessório.”

14 CPC, Art. 928: “Estando a petição inicial devidamente instruída, o juiz deferirá, sem ouvir o réu, a expedição do mandado liminar de manutenção ou de reintegração; no caso contrário, determinará que o autor justifique previamente o alegado, citando-se o réu para comparecer à audiência que for designada.”

15 Todo o histórico de ações empreendidas pelo Fórum está disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/forum-de-assuntos-fundiarios/documentos>>. Acesso em: 23 mai. 2013.

16 Em 30 de maio de 2013 um índio da tribo Terena foi morto durante a reintegração de posse de uma fazenda no interior da Terra Indígena Buriti, declarada pelo Ministério da Justiça como ocupação tradicional em 2010. Segundo informações da Agência Brasil, dos 17 mil hectares reconhecidos pelo Ministério da Justiça, os índios

## 484 : FUNÇÃO SOCIAL NA TUTELA POSSESSÓRIA EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS

ocupam hoje menos de 3 mil hectares. RODRIGUES, Alex. Índio morre em confronto com policiais, durante desocupação de fazenda em MS. Agência Brasil – Empresa Brasil de Comunicação, Brasília: 30/05/2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-05-30/indio-morre-em-confronto-com-policiais-durante-desocupacao-de-fazenda-em-ms>>. Acesso em: 31 mai. 2013.

17 O projeto do novo CPC (PL8046/2010) em vias de aprovação traz no parágrafo único do art. 576, equivalente ao atual parágrafo único do artigo 928, a previsão de que “contra as pessoas jurídicas de direito público não será deferida a manutenção ou a reintegração liminar sem prévia audiência dos respectivos representantes judiciais”, ao passo que no artigo 568 determina a intimação do Ministério Público e a eventual participação da Defensoria Pública quando no polo passivo da ação possessória houver um “grande número de pessoas”. Seria razoável que, tendo em vista os grandes impactos sociais desse tipo de conflito, a manutenção ou reintegração também dependesse de uma audiência prévia, tal qual agora reconhecida às pessoas jurídicas de direito público. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitutivo-cpc-16-07-13>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

18 Conforme indicado por Ebert Chamoun, “a posse é sempre presumida. Quando não se distingue bem se a relação é de posse ou detenção, presume-se a posse de tal forma que o réu tem que provar que há familiaridade na posse e não posse mesma. A presunção trabalha, pois, em favor do requerente sempre que se trata de discutir a relação entre a coisa e a pessoa” (CHAMOUN, 1955, p. 25; TEPEDINO; MORAES; 2011, p. 450).

19 O TRF-1 possui sete Varas de competência “Ambiental, Cível e Agrária”. O TRF-4 possui três, e o TRF-3 possui apenas uma. O TRF-2 e o TRF-5 não possuem varas com tal competência. BARROS, E. M. *Justiça Federal de 1º Grau – Quadro atualizado de Varas Federais por Competência/Especialização*, atualizado em 21 de maio de 2013.

20 Art. 1.210: “O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.  
§ 2º Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”.

21 Art. 185: “São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

- I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;
- II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.”

22 Art. 186: “A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

- I - aproveitamento racional e adequado;
- II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
- III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
- IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.”

23 Art. 182: “A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
- II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
- III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.”

24 Art. 156: “Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

§ 1º Sem prejuízo da progressividade no tempo a que se refere o art. 182, § 4º, inciso II, o imposto previsto no inciso I poderá:

- I - ser progressivo em razão do valor do imóvel;
- II - ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel.”

25 TRF-1, AG 2006.01.00.017987-9/MG, Rel. Des.: João Batista Moreira, d.21/06/2006; TRF-1, AG 2003.01.00.013046-3/BA; Rel.: Des. Fagundes de Deus, 5ª t., Publicação: Dj de 28/09/2006, p. 75.

26 Em novembro de 2011 foi apresentada emenda ao projeto original do novo Código de Processo Civil no intuito de acrescentar ao documento aquilo que seria o artigo 548-A, com a seguinte redação:

“Art. 548-A. Nos casos de litígio coletivo pela posse e propriedade de imóvel urbano ou rural, antes do deferimento da manutenção ou reintegração liminar, deverá designar audiência de justificação prévia e conciliação entre as partes, seus representantes legais, com a participação do Ministério Público e dos órgãos responsáveis pela política urbana e agrária, que deverão para este fim ser notificados. § 1º Será intimada a Defensoria Pública para a audiência de conciliação prévia, caso os envolvidos não tenham condições de constituir advogado. § 2º A liminar poderá ser concedida somente após a averiguação do cumprimento da função social da propriedade. § 3º Caso as partes não alcancem conciliação nos termos do caput, o juiz deverá fazer-se presente na área do conflito coletivo pela posse da terra rural e urbana, acompanhado de representante do Ministério Público.” Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao;jsessionid=ACAABA9CB880CB9F22BD6CE4900B2748.node1?idProposicao=527258>>. Acesso em: 15 abr. 2013. O dispositivo não consta do texto levado à votação em 26 de novembro de 2013, que pode ser acessado em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=831805&filename=PL+8046/2010)>. Acesso em: 09 dez. 2013.

27 CPC, Art. 273. “O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

- I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação;
  - II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.
- § 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.  
§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.  
§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.  
§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.  
§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.  
§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontestado.  
§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.”

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBUQUERQUE, Ana Rita Vieira de Albuquerque. *Função Social da Posse*. Rio de Janeiro: Renovar: 2002.
- ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio. *Normative Systems*. New York: Springer, 1971.
- BENATTI, José Heder. *Posse Agroecológica e Manejo Ambiental – À luz da Lei 9.985/00*. Curitiba: Juruá, 2008.
- BARROS, E. M. *Justiça Federal de 1º Grau – Quadro atualizado de Varas Federais por Competência/Especialização* (atualizado em 21/05/2013) [mensagem pessoal]. Mensagem eletrônica recebida por marcus.dantas@ufjf.edu.br em 10 de junho de 2013.
- BARROS, Wellington Pacheco. *Curso de Direito Agrário*, vol.1. 7.ed., rev., e ampl.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- 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 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei 5869 de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/15869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2103.
- \_\_\_\_\_. PL 80/46/2010 (Projeto de Código de Processo Civil). Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/substitutivo-cpc-16-07-13>>. Acesso em: 12 abr. 2013.

- \_\_\_\_\_. Lei 10406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei 10257 de 10 de julho de 2001 (Estatuto da Cidade). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/leis_2001/110257.htm)> Acesso em: 20 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei 4504 de 30 de novembro de 1964 (Estatuto da Terra). Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/leis/14504.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/leis/14504.htm)>. Acesso em: 20 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. Lei 8629 de 25 de fevereiro de 1993 (Dispõe sobre a regulamentação dos dispositivos constitucionais relativos à reforma agrária, previstos no Capítulo III, Título VII, da Constituição Federal). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18629.htm)> Acesso em: 20 mai. 2013.
- \_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp.1.158.679-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 7/04/2011 (Informativo n. 0468, de 28 de março a 8 de abril de 2011). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infotur/toc.jsp?livre=fun%E7%E3o+social+da+propriedade&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 25 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp.1179259-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª T., julgado em 14/05/2013, Djé 24/05/2013. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=extin%E7%E3o+de+servid%E3o&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=extin%E7%E3o+de+servid%E3o&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO)>. Acesso em: 25 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp.507.490-RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 19/9/2006 (Informativo n. 0297, de 18 a 22 de setembro de 2006). Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infotur/toc.jsp?livre=fun%E7%E3o+social+da+propriedade&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 25 jun. 2013.
- \_\_\_\_\_. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. REsp, 168461/ES, 6ª T., Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j.25/08/1998, Dj. de 26/10/1998.
- \_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. MS n. 23.759/GO, Rel. Min. Celso de Mello, j.17/04/2002, Dj. de 22/08/2003.
- BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AI n. 0064574-47.2012.4.01.0000/BA, Rel.: Des. José Amílcar Machado, j.18/01/2013, p.23/01/2013. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrlf1proc/ctrlf1proc.php?UF=&proc=645744720124010000>> Acesso em: 25 mar. 2013.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AG n. 2002.01.00.040415-0/BA, Rel.: Juiz Federal Gregório Carlos dos Santos, 4ª T., Djé 28/09/2011.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AC n. 2005.38.00.035559-5/MG, Rel.: Des. Hilton Queiroz, 4ª T., Dj de 16/05/2006, p.64.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AI n. 2006.01.00.017987-9/MG, Rel.: Des. João Batista Moreira, j. 21/06/2006. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrlf1proc/ctrlf1proc.php?UF=&proc=195041720064010000>> Acesso em: 25 mar. 2013.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AC n. 2005.38.00.035559-5/MG, Rel.: Des. Hilton Queiroz, 4ª T., j.18.4.2006, Dj.16.5.2006, p.64.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AC n. 2006.33.11.001550-1/BA, Rel.: Des. Fagundes de Deus, 5ª T., Dj, 21/10/2011.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AG n. 2003.01.00.013046-3/BA; Rel.: Des. Fagundes de Deus, 5ª T., p. Dj de 28/09/2006.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AG n. 2002.01.00.040415-0/BA; Rel.: Juiz Federal Gregório Carlos dos Santos, 4ª T., Dj de 28/09/2011.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AG n. 2004.01.00.052638-8/BA, Rel. Des. Daniel Paes Ribeiro, 6ª T, Dj de 15/05/2006.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AI n. 0073151-14.2012.4.01.0000/BA, Rel.: Juiz Federal Paulo Ernane Moreira de Barros, j., 05/03/2013; p.,12/03/2013. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=731511420124010000>>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO – TRF-1, AI n. 2003.01.00.037950-2/MG, Rel.: Des. Selene Maria de Almeida, 5ª T, j., 2/02/2004. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br/Processos/ProcessosTRF/ctrlf1proc/ctrlf1proc.php?UF=&proc=302479120034010000>>. Acesso em: 14 jul. 2013.
- CHAMOUN, Ebert. *Direito Civil: aulas do 4º ano proferidas na Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal*. Rio de Janeiro: AURORA, 1955, p. 25.
- CIMARDI, Cláudia Aparecida. *Proteção Processual da Posse*. 2.ed., rev., ampl., e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008 (Coleção Estudos de Processo – Enrico Tullio Liebman, vol. 61), 348 p.
- CUNHA, Sérgio Sêrvulo da. A nova proteção possessória. In: STROZAKE, Juvélino José (Org.), *A questão agrária e a justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 249-276.

- DANTAS, Marcus. Análise crítica sobre a extensão do elenco de vícios da posse e suas consequências. *RIL – Revista de Informação Legislativa*, Ano 50, n. 197. Brasília: Senado Federal/Secretaria Especial de Editoração e Publicações/Subsecretaria de Edições Técnicas, janeiro-março, 2013.
- DEP. PADRE JOÃO, et. al. Emenda n. 323/2011 ao PL8046/2010. *Comissão Especial “Código de Processo Civil”*. Brasília: 2011. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=ACAABA9CB880CB9F22BD6CE4900B2748.node1?idProposicao=527258>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- DIDIER Jr., Fredie. A função social da propriedade e a tutela processual da posse. In: *Regras processuais no Código Civil: aspectos da influência do Código Civil de 2002 na legislação processual*. 4.ed., rev., e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 181-192.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil*, vol.1. 13.ed. Salvador: Juspodivm, 2011, 633 p.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 2013, 400 p.
- FACHIN, Luiz Edson. *A função social da posse e a propriedade contemporânea*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, 102 p.
- FERRAZ Jr., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6.ed. rev., ampl. São Paulo: Atlas, 2008, 346 p.
- GRAU, Eros. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2010, 392p.
- GUASTINI, Riccardo. *Il diritto come linguaggio – lezioni*. 2.ed. Torino: Giappichelli Editore, 2006, (Análisi e diritto – serie teorica, vol. 46), 217 p.
- HOFFMAN, Rodolfo. Distribuição de renda e da posse da terra no Brasil. In: RAMOS, Pedro, et. al. *Dimensões do agronegócio brasileiro: políticas e perspectivas*. Brasília: MDA, 2007, pp.172-223.
- Disponível em: <<http://www.nead.gov.br/portal/nead/nead-estudos/>>. Acesso em: 30 mai. 2013.
- PENTEADO, Luciano Camargo. *Direito das Coisas*. 2.ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, 622 p.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, 359 p.
- ROCHA, Silvio Ferreira da. *Função Social da Propriedade Pública*. São Paulo: Malheiros, 2005 (Coleção Temas de Direito Administrativo, vol.14), 166 p.
- ROCHA, José de Albuquerque. Art. 273 do CPC – Princípios Constitucionais In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões Agrárias – Julgados e Pareceres*. São Paulo: Método, 2002, p.51-56.
- RODRIGUES, Alex. Índio morre em confronto com policiais, durante desocupação de fazenda em MS. *Agência Brasil – Empresa Brasil de Comunicação*. Brasília: 30/05/2013. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-05-30/indio-morre-em-confronto-com-policiais-durante-desocupacao-de-fazenda-em-ms>>. Acesso em: 31 mai. 2013.
- RUSCHEL, Ruy Ruben. *Direito constitucional em tempos de crise*. Porto Alegre: Sagra-Luzzatto, 1997, 179 p.
- TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco et. al. *Observatório da atuação do Poder Judiciário nos conflitos agrários decorrentes de ocupações de terra por movimentos sociais nos estados do Pará, Mato Grosso, Goiás e Paraná (2003-2011): Relatório Final de Pesquisa/Maria Cristina Vidotte Blanco Tárrega; Cláudio Lopes Maia; Adegmar José Ferreira*. Goiânia: Universidade Federal de Goiás, 2012, 93 p.
- TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- \_\_\_\_\_; SCHREIBER, Anderson. O papel do Judiciário na efetivação da função social da propriedade. In: STROZAKE, Juvelino José (Org.). *Questões Agrárias – Julgados e Pareceres*. São Paulo: Método, 2002, p.91-132.
- THEODORO Jr., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III. 45.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, 664p.
- TORRES, Marcos Alcino Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 470 p.
- ZAVASCKI, Teori Albino. A tutela da posse na constituição e no projeto do novo Código Civil. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

### Marcus Eduardo de Carvalho Dantas

Campus Universitário  
Rua José Lourenço Kelmer, s/n  
São Pedro – 36036-330  
Juiz de Fora – MG – Brasil

PROFESSOR ADJUNTO II DA FACULDADE DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA (UFJF-MG)  
PÓS-DOUTORANDO EM DIREITO CIVIL (UERJ/CNPQ)  
DOUTOR EM DIREITO CIVIL (UERJ)  
MESTRE EM DIREITO CONSTITUCIONAL E  
TEORIA GERAL DO ESTADO (PUC-RIO)



## TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E A ATUAÇÃO NORMATIVA DO CNJ\*

Rosane Leal da Silva, Patrícia Adriani Hoch e Lucas Martins Righi

PUBLIC TRANSPARENCY AND THE  
NORMATIVE PERFORMANCE OF CNJ

### RESUMO

O DIREITO FUNDAMENTAL À INFORMAÇÃO, PREVISTO NO ARTIGO 5º, XIV, DA CF, RESULTA NOS DEVERES DE TRANSPARÊNCIA PÚBLICA ATIVA E PASSIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATRAVÉS DO MÉTODO DEDUTIVO DE ABORDAGEM, O PRESENTE ESTUDO ABORDA A ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ), NO ÂMBITO DE SUA COMPETÊNCIA NORMATIVA, A FIM DE EFETIVAR A TRANSPARÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO, A PARTIR DA UTILIZAÇÃO DAS TECNOLOGIAS DE INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO, ESPECIALMENTE A INTERNET. AO FINAL, APÓS UTILIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DE PESQUISA BIBLIOGRÁFICA E DOCUMENTAL ALIADAS AO MÉTODO DE PROCEDIMENTO COMPARATIVO, EMPREGADO PARA CONTRASTAR AS DISPOSIÇÕES TRAZIDAS PELAS RESOLUÇÕES DO CNJ E PELA LEI N. 12.527/11 (LAI), CONCLUIU-SE QUE A ATUAÇÃO DO CNJ, NO CONTEXTO DA SOCIEDADE INFORMACIONAL, É POSITIVA EM ALGUNS PONTOS, COMO PUBLICIDADE DAS INFORMAÇÕES DA EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA, GESTÃO FINANCEIRA E DE RECURSOS HUMANOS, MAS INSUFICIENTE EM RELAÇÃO A OUTROS, NOTADAMENTE A TRANSPARÊNCIA PÚBLICA PASSIVA.

### PALAVRAS-CHAVE

DIREITOS FUNDAMENTAIS; INTERNET; SOCIEDADE INFORMACIONAL; TRANSPARÊNCIA; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA.

### ABSTRACT

THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INFORMATION REFERRED TO IN THE ARTICLE 5TH, XIV, OF THE FEDERAL CONSTITUTION, RESULTS IN THE DUTIES OF ACTIVE AND PASSIVE PUBLIC TRANSPARENCY OF PUBLIC ADMINISTRATION. THROUGH A DEDUCTIVE METHOD OF APPROACH, THIS STUDY APPROACH THE PERFORMANCE OF NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE (CNJ) IN THE CONTEXT OF HIS NORMATIVE POWERS, IN ORDER TO CARRY OUT THE TRANSPARENCY IN THE JUDICIARY WITH THE USE OF INFORMATION TECHNOLOGY AND COMMUNICATION, SPECIALLY THE INTERNET. AT THE END, AFTER USING THE TECHNIQUES OF LITERATURE AND DOCUMENTS RESEARCH COMBINED TO THE COMPARATIVE PROCEDURE, EMPLOYED TO CONTRAST THE PROVISIONS BROUGHT BY CNJ RESOLUTIONS AND LAW NO. 12.527/11 - LAI, WE CONCLUDED THAT THE PERFORMANCE OF THE CNJ AT THE THEMATIC RESEARCHED, IN THE CONTEXT OF INFORMATIONAL SOCIETY, IS POSITIVE IN SOME PLACES, LIKE PUBLICITY OF BUDGET EXECUTION, FINANCIAL MANAGEMENT AND HUMAN RESOURCES INFORMATIONS, BUT INSUFFICIENT IN RELATION TO OTHERS, NOTABLY THE PASSIVE PUBLIC TRANSPARENCY.

### KEYWORDS

FUNDAMENTAL RIGHTS; INTERNET; INFORMATION SOCIETY; TRANSPARENCY; NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE.

## INTRODUÇÃO

A criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, foi precedida e sucedida de diversas celeumas relacionadas à sua natureza, constitucionalidade, legitimidade e efetividade. A razão para toda a atenção recebida em níveis doutrinários e jurisprudenciais não poderia ser outra

senão os importantes poderes que esse órgão recebeu do constituinte derivado, respondendo pelo controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário.

Além de ter que executar a coordenação interna sobre os rumos do Judiciário, elaborando a política judiciária nacional e garantindo a autonomia e independência desse poder, o CNJ também deve primar pela prestação jurisdicional de qualidade e zelar pela atuação administrativa condizente com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos previstos no artigo 37 da Constituição Federal. Para que a atuação judicial seja coadunada com tais princípios constitucionais compete ao CNJ o cumprimento de importantes objetivos e atividades, com destaque para a promoção e coordenação de políticas visando à concretização da transparência pública. Esse dever ganhou novas nuances nos últimos anos em face da edição da Lei n. 12.527/2011, que regulamentou o direito de acesso à informação (LAI), cujo comando do artigo 8º determinou o dever dos órgãos públicos de divulgar as informações de interesse público em seus sites e portais.

Esse novo cenário conduz ao seguinte questionamento: pode-se afirmar que o Conselho Nacional de Justiça incentiva a utilização das TIC's no âmbito do Poder Judiciário em favor de uma cultura de abertura e transparência? Em caso afirmativo, como tem sido sua atuação em face dessa nova realidade? Para responder a esse questionamento apresenta-se o presente artigo, cujo objetivo é divulgar os resultados parciais produzidos no âmbito do projeto de Pesquisa intitulado "O uso das tecnologias da informação e comunicação pelo Poder Judiciário brasileiro: os sites e portais como instrumentos para implementar a Lei n. 12.527/11", realizado com apoio do CNPq.

Para a elaboração deste artigo utilizou-se o método de abordagem dedutivo, empregado para investigar como o Conselho Nacional de Justiça atua no âmbito de sua competência normativa visando à divulgação das informações relacionadas à atuação financeira e administrativa dos Tribunais. A essa metodologia agregaram-se as técnicas de pesquisa a) bibliográfica, objetivando estabelecer as principais categorias conceituais que compõem o ambiente temático; b) documental, com a análise sistemática e comparativa de todas as Resoluções publicadas pelo CNJ que determinam obrigações de transparência ativa e passiva aos órgãos do Poder Judiciário, a partir do uso das Tecnologias de Informação e Comunicação. As Resoluções investigadas, por sua vez, foram contrastadas com os dispositivos da Lei de Acesso à Informação (LAI), ocasião em que foi empregado o método de procedimento comparativo.

A partir dessa base metodológica, o artigo foi dividido em duas partes: o primeiro momento é mais conceitual, dedicado a discutir o dever de transparência, aproximando-o da atuação do Poder Judiciário, o que é feito com base principalmente nos referenciais teóricos de Manuel Castells e Pierre Lévy. A segunda parte do trabalho destina-se a discutir a atuação do Conselho Nacional de Justiça, com especial

atenção para o poder normativo, fundamental para a expedição de atos regulamentares. Superada a fixação da base teórica essencial para a compreensão do tema, analisem-se os resultados da pesquisa documental realizada, apresentando as Resoluções do CNJ que objetivam coordenar a política de promoção da transparência pública subsidiada nas TIC's, especialmente a Internet. Esses referenciais obtidos são contrastados com o conteúdo da Lei de Acesso à Informação, o que é feito com o objetivo de responder se o CNJ está atuando positivamente com vistas a implementar a política de divulgação de informações referentes à atuação administrativa e financeira dos órgãos do Poder Judiciário.

## **I A EVOLUÇÃO DO DEVER DE TRANSPARÊNCIA NA SOCIEDADE INFORMACIONAL**

Castells (1999, p. 26) utilizou o termo sociedade informacional para definir a nova vida em sociedade a partir da revolução tecnológica dos anos 1970, marcada pela utilização do meio eletrônico/digital e pelo fluxo rápido e contínuo de informações. Essa nova caracterização social decorre da utilização das Tecnologias da Informação e da Comunicação (TIC's), especialmente a Internet, que se destaca como a tecnologia informacional capaz de permitir grande circulação, disseminação, tratamento, recolhimento e armazenamento de dados e informações. Essa característica propicia e fomenta a comunicação, a interatividade e a aproximação de pessoas, o que ocorre tanto no setor privado quanto no âmbito público.

O uso da Internet contribuiu para a relativização do monopólio das informações até então concentradas nas mídias tradicionais, o que permitiu que os cidadãos tivessem acesso a fontes variadas e, por conseguinte, passassem a apresentar novas demandas ao Poder Público. Dentre os pleitos que ganharam força nos últimos anos destaca-se a reivindicação pela regulamentação do direito constitucional à informação pública – dessa forma, alinhando o Brasil ao cenário internacional.<sup>1</sup>

Dentre os tratados internacionais sobre o tema, destacam-se no âmbito deste trabalho a Declaração de Atlanta, oriunda da Conferência Internacional em Atlanta, na Geórgia (EUA), realizada em 29 de fevereiro de 2008 (INTERNACIONAL, 2008, p. 1), e os princípios publicados no ano de 1999 pela Organização Não Governamental Artigo 19 (ARTIGO 19, 1999) cuja atuação em favor do acesso à informação pública se notabilizou em vários países. A escolha por esses documentos se deve ao fato de ambos apontarem as TIC's como aliadas no cumprimento do dever de transparência.

O primeiro documento parte da premissa de que “a informação é o oxigênio da democracia” e afirma que até “mesmo governos democráticos prefeririam conduzir a maior parte dos seus assuntos longe dos olhos do público”, o que faz com o objetivo de alertar para a necessidade de abertura das informações oficiais por parte dos Estados. Essa abertura seria obtida pela observância de nove princípios:

1) a máxima divulgação da liberdade de informação; 2) a obrigação de que os órgãos públicos publiquem informações essenciais; 3) a promoção de um governo aberto por parte dos órgãos públicos; 4) a determinação clara e rigorosa de exceções, as quais devem ser sujeitas à efetiva prova do dano e ao interesse público; 5) as solicitações de informação devem ser processadas rapidamente e com imparcialidade, e uma revisão independente de quaisquer recusas deve estar à disposição das partes; 6) os custos excessivos não são causa de impedimento à solicitação de informações pelos cidadãos; 7) as reuniões dos órgãos públicos devem admitir a presença do público; 8) as leis que não obedecem à máxima divulgação devem ser alteradas ou revogadas e, por fim, 9) os indivíduos que denunciem irregularidades devem ser protegidos.

Nesse rol de princípios, merece ênfase o da máxima divulgação, segundo o qual “os organismos públicos têm obrigação de divulgar informação assim como todo o cidadão tem o direito correspondente de receber informação” (ARTIGO 19, 1999, p. 3). Desse modo, a regra seria a divulgação de informações, principalmente aquelas consideradas essenciais, sendo que a recusa na disponibilização da informação deveria ser legalmente excepcionada e acompanhada de justificativa pelo órgão público competente.

A Declaração de Atlanta, por sua vez, estabeleceu o acesso à informação como direito humano fundamental. Na oportunidade, 125 membros da comunidade global de acesso à informação, representando 40 países, entenderam que “o compromisso político com o direito de acesso à informação é necessário para a adoção, implantação e execução integral das leis e instrumentos sobre acesso à informação” (INTERNACIONAL, 2008, p. 2). Assim, tal Documento enumerou regras, princípios, premissas básicas e palavras-chave destinadas a efetivar o acesso à informação por meio da transparência, ao reconhecer que:

[...] o direito de acesso à informação é a base para a participação cidadã, boa governança, a eficiência na administração pública, a prestação de contas e esforços de combate à corrupção, a mídia e o jornalismo investigativo, o desenvolvimento humano, a inclusão social e a realização de outros direitos socioeconômicos e políticos e civis.

Em que pese a importância desse direito, foi enfatizado em Atlanta que, apesar dos avanços ocorridos no direito de acesso à informação, ainda existiam desafios, tais como a “ausência de legislação nacional, níveis bastante variados de implantação e resistência política contínua”, o que ainda pode ser verificado na atualidade e merece especial atenção por parte dos governos e da sociedade civil. A Declaração de Atlanta previu, ainda, nove conclusões importantes envolvendo o direito fundamental à informação:

1. O direito fundamental de acesso à informação é inerente a todas as culturas e sistemas de governo;
2. A falta de acesso à informação afeta desproporcionalmente os pobres, as mulheres e outras comunidades vulneráveis e marginalizadas e, dessa forma, o direito deve ser garantido a todos os setores da sociedade;
3. O direito de acesso à informação é fundamental para a dignidade humana, equidade e paz com justiça;
4. A transparência é um instrumento necessário e poderoso para promover a segurança humana e do Estado;
5. As novas tecnologias apresentam grande potencial para facilitar o acesso à informação, embora os fatores limitantes ao acesso e às práticas de gerenciamento de dados tenham feito com que muitos não se beneficiem integralmente de seu potencial;
6. Promulgar uma lei abrangente é essencial, porém insuficiente para estabelecer e manter o direito de acesso à informação;
7. Também é fundamental construir um marco institucional adequado e desenvolver a capacidade da administração pública para gerenciar e prestar informação;
8. É essencial, ainda, promover a conscientização pública sobre o direito de acesso à informação, assegurar a capacidade de exercer o direito, inclusive mediante educação pública, e fomentar o apoio à transparência em todos os setores da sociedade;
9. Uma mídia livre e independente é um componente fundamental para o estabelecimento e exercício pleno do direito de acesso à informação.

A partir dessas conclusões, percebe-se que a referida Declaração evidenciou o potencial das novas tecnologias como promotoras do acesso à informação e reconheceu a transparência como um instrumento necessário para a melhoria da segurança humana e estatal, destacando, inclusive, a necessidade de que sejam asseguradas à população a conscientização e a capacidade para o exercício desse direito. Tais premissas, admitidas e ratificadas pela comunidade internacional, reforçam a importância da efetivação do direito humano fundamental à informação e à concretização da democracia tradicional e da ciberdemocracia, conforme será abordado mais adiante.

No âmbito interno dos Estados, a Declaração de Atlanta estabeleceu que esse direito deve ser observado pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em todos os níveis e áreas de atuação (INTERNACIONAL, 2008, p. 2-4). Por oportuno, é importante ressaltar que quatro anos antes da Declaração de Atlanta o Brasil já havia criado o Portal da Transparência, o qual representou marco inicial para a efetivação do direito fundamental de acesso à informação e o reconhecimento da importância da divulgação de dados de interesse público (BRASIL, 2004m). Todavia, o Legislativo e o Judiciário apresentaram uma reação tardia quanto a esses poderes-deveres,

mantendo postura mais hermética em detrimento do princípio da publicidade, previsto no artigo 37 da Carta Constitucional.

Ocorre que todos os órgãos que cumprem funções públicas devem observar o dever de informação, independentemente do Poder ao qual se vinculem, pois conforme destacado por Miragem (2011, p. 308/309):

A noção de publicidade da ação administrativa, neste aspecto, resulta em um dever de transparência na exata medida em que estabelece como paradigma da ação administrativa sua exposição ao conhecimento público, para acesso de qualquer interessado, como condição, critério para sua legitimidade. O dever de transparência que resulta desta eficácia do princípio da publicidade abrange tanto os processos de decisão da Administração quanto informações públicas de um modo geral, refletindo a ação transparente do agente público e promovendo o uso público da razão nos assuntos de interesse geral da comunidade, sob o patrocínio ou com a participação do Estado.

Exatamente porque o processo de abertura e de maior transparência não ocorreu na mesma velocidade em todos os poderes, a Lei de Acesso à Informação (BRASIL, 2011-1) determinou que seus princípios se aplicassem aos órgãos públicos integrantes da administração direta dos Poderes Executivo, Legislativo (incluindo as Cortes de Contas) e Judiciário, além do Ministério Público – e, por fim, a aplicação se estendeu às autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelos entes federados. Além disso, nos termos legais, a informação deve ser entendida em um sentido amplo, abrangendo, segundo o artigo 4º, I, “dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato” (BRASIL, 2011-1).

Com o escopo de assegurar o direito fundamental à informação<sup>2</sup> e com base nos documentos internacionais já assinados pelo Brasil, a Lei n. 12.527/11 trouxe importantes diretrizes em seu artigo 3º: I) observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II) divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III) utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV) fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública e V) desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011-1).

A transparência deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo a transparência ativa, que se efetiva na disponibilização de informações públicas de interesse geral ou coletivo de forma espontânea pelo Estado, e passiva, que ocorre quando o ente estatal responde às demandas formuladas pelos cidadãos através de meio físico ou digital (MARTINS, 2011, p. 2). Tais obrigações, apesar de distintas, possuem fundamental

importância para a publicização de informações e para a consolidação da democracia no âmbito da sociedade informacional.

Diante disso, “seguindo uma tendência global, o Brasil tem investido em tecnologias da informação e comunicações (TIC’s), como ferramentas de modernização da administração pública”, com destaque para a Internet, cuja rapidez, eficiência e possibilidade de oferta customizada permitem a disponibilização de serviços e aumentam a aproximação e a comunicação entre Estado e sociedade (BRASIL, 2011, p. 46a).

Como decorrência, a utilização das TIC’s “aumentou a capacidade de a população fiscalizar o poder público e participar dos processos de tomada de decisão. Com isso, a informação se tornou ainda mais importante para os cidadãos [...], pelo respeito do direito de acesso à informação” (ARTIGO 19, 2009, p. 16). A essa vantagem soma-se o fato de a Internet abrir novos canais de comunicação e interação entre o Poder Público e a sociedade, revelando seu potencial para o fortalecimento da democracia.

Castells (2003, p. 128) ratifica a importância da Internet e seu potencial para inspirar novas posturas por parte da população e dos governantes:

Esperava-se que a Internet fosse um instrumento ideal para promover a democracia – e ainda se espera. Como dá fácil acesso à informação política, permite aos cidadãos ser quase tão bem-informados quanto seus líderes. Com boa vontade do governo, todos os registros públicos, bem como um amplo espectro de informação não sigilosa, poderia ser disponibilizado on-line. A interatividade torna possível aos cidadãos solicitar informações, expressar opiniões e pedir respostas pessoais a seus representantes. Em vez de o governo vigiar as pessoas, as pessoas poderiam estar vigiando o seu governo – o que é de fato um direito delas, já que teoricamente o povo é soberano.

Ocorre que a tecnologia não produzirá os efeitos desejados se não estiver acompanhada da mudança de postura por parte dos gestores públicos, que devem não só compreender a importância do acesso a dados de interesse público como reconhecer que o cidadão está legitimado a ir além do mero acesso à informação: tem o direito de exigir transparência, exercer o controle social, apresentar demandas e receber respostas. Com efeito, o uso das TIC’s descortina novas funcionalidades e pode contribuir para o empoderamento político dos atores sociais, o que acabará por impor desafios aos gestores, gerando focos de tensão antes inexistentes.

Portanto, caso o avanço das TIC’s venha acompanhado de novas posturas por parte dos agentes públicos, seu uso pode contribuir para enriquecer os processos de transparência e efetivar os valores democráticos, concretizando as potencialidades anunciadas por Lévy no final do século XX (1999, p. 186-196):

A verdadeira democracia eletrônica consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração dos problemas da cidade pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos.

Para os mais otimistas, a Internet representa uma ágora virtual ao possibilitar maior participação do cidadão no debate e na tomada de decisões, bem como a revitalização da legitimidade democrática por meio de novos mecanismos de participação. Nesse sentido é o registro feito por Piana (2007, p. 148):

Desde esta perspectiva se ve a Internet como una ágora virtual. Se afirma que las TIC podrían crear nuevos canales facilitadores para una participación ciudadana responsable, revitalizando la legitimidad democrática ante los actuales niveles de desafección de la ciudadanía respecto a la cosa pública. Chats, Foros de discusión, Boletines de información, etc. han sido vistos como nuevos mecanismos participativos.

Com base nesse aporte teórico pode-se afirmar que a efetividade do direito ao acesso à informação pública, atualmente reconhecido como um direito humano fundamental, está diretamente relacionada à ciberdemocracia.

Ocorre que a democratização no tratamento das questões de interesse público não deve ficar adstrita ao âmbito do Poder Executivo e impõe que os demais poderes se tornem permeáveis ao controle social. Nesse sentido interessa analisar a atuação do Conselho Nacional de Justiça no desempenho da função de coordenar a política nacional de transparência pública no Poder Judiciário. Para tanto, o próximo tópico destina-se ao exame da competência normativa do Conselho Nacional de Justiça, o que será feito a partir da análise das Resoluções do CNJ e das iniciativas procedimentais adotadas com objetivo de efetivar o direito à informação e transparência no Poder Judiciário.

## **2 ATUAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO PROMOTOR DA TRANSPARÊNCIA NO PODER JUDICIÁRIO: UTOPIA OU REALIDADE?**

Na presente seção serão expostos os resultados da pesquisa, cujo objetivo principal foi analisar o exercício do poder normativo primário feito pelo Conselho Nacional de Justiça na promoção da transparência pública (ativa e passiva) desde sua criação. Para dar conta desse objetivo – e seguindo a metodologia adotada –, inicialmente

foram abordados aspectos históricos da criação do CNJ, bem como suas principais características, culminando no estudo do poder normativo primário desse órgão, análise essencial para que se compreenda a condução da política administrativa interna do Poder Judiciário.

A essa abordagem preliminar segue-se a exposição das principais Resoluções do CNJ que abordam, ainda que parcialmente, o dever de transparência e o direito fundamental de acesso às informações públicas, e o contraste de seu teor com os dispositivos da Lei n. 12.529/11 – Lei de Acesso à Informação Pública.

## 2.1 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

### DA CONTROVÉRSIA À CONSOLIDAÇÃO CONSTITUCIONAL

Fruto da denominada “Reforma do Judiciário”, instrumentalizada pela publicação da Emenda Constitucional n. 45/2004, o Conselho Nacional de Justiça é resultado de uma série de discussões sobre a criação de um órgão de controle externo sobre o Poder Judiciário. Ainda na Assembleia Nacional Constituinte já havia ocorrido intenso debate sobre a criação e regulamentação de um conselho destinado a controlar referido Poder (MACHADO, 2008, p. 61).

O tema nunca foi pacífico, principalmente entre os integrantes da magistratura, muito em razão da justificada independência decisional e institucional que referido Poder possui, a fim de exercer a Jurisdição como um meio de defesa de direitos e garantias individuais e sociais, ainda que em alguns momentos afrontando os demais Poderes – Executivo e Legislativo. Segundo alguns doutrinadores, “não se consegue conceituar um verdadeiro Estado Democrático de Direito sem a existência de um Poder Judiciário autônomo e independente, para que exerça sua função de guardião das leis” (MORAES, 2008, p. 512), de forma que “o primeiro indício de que o país está perdendo (claudicando) a democracia ocorre quando o Poder Judiciário está se enfraquecendo” (FERNANDES, 2011, p. 751).

Objetivando assegurar essa independência, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu garantias institucionais e específicas para os integrantes da magistratura. As primeiras, que circundam a instituição como um todo, são manifestadas na seguinte tríade: autonomia funcional, administrativa e financeira do Poder Judiciário. A Autonomia administrativa funcional, entendida como capacidade de auto-organização, refere-se à capacidade de autogoverno dos Tribunais: elaboração dos regimentos internos, eleição dos órgãos diretivos, organização de secretarias, serviços auxiliares e dos juízos vinculados, provimento dos cargos de juiz de carreira da respectiva jurisdição e dos demais cargos necessários para a administração da justiça, proposta de criação de novas varas judiciárias, concessão de licenças, férias e outros afastamentos (FERNANDES, 2011, p. 751-752).

A autonomia administrativa financeira, por outro lado, restringe-se à possibilidade de os Tribunais formularem suas propostas orçamentárias para encaminharem aos

demais Poderes responsáveis pela elaboração e aprovação da lei de diretrizes orçamentárias (FERNANDES, 2011, p. 752). Complementarmente, as garantias dos membros da magistratura consistem: a) na vitaliciedade que se traduz na prerrogativa de manutenção do cargo, que somente pode ser perdido por decisão judicial transitada em julgado, após dois anos de efetivo exercício e b) na inamovibilidade, que garante que as remoções ou promoções ocorram por vontade própria, c) ao que se soma a irredutibilidade de subsídios (MENDES, 2011, p. 970).

Natural, portanto, que a grande independência e autonomia do Poder Judiciário, asseguradas constitucionalmente pelas garantias anteriormente abordadas, sempre tenha sido o principal argumento dos que se opunham à criação de conselhos para o exercício de controle administrativo sobre o Poder Judiciário: havia o risco de que a constituição de órgão dessa natureza restringisse a independência dos Tribunais e magistrados, o que poderia afetar o exercício da Jurisdição, notadamente quando as lides envolvessem a Administração Pública e a discussão de políticas públicas (OLIVEIRA, 2010, p. 123).

Contudo, a despeito da inegável importância dessas garantias constitucionais, principalmente em um momento histórico marcado pela judicialização da política e pela inexistência de medidas suficientes para garantir a fiscalização e o controle dos tribunais por agente externo ou interno ao Poder Judiciário (RODRIGUES, 2008, p. 49), somadas à grande descentralização da política judiciária resultante do exercício do autogoverno pelos Tribunais, elas culminaram em um indesejável quadro de problemas nesse Poder, como denunciado por Machado (2008, p. 62):

Com o passar dos anos, o Poder Judiciário foi se desgastando em decorrência da morosidade, das faltas cometidas pelos magistrados e das ingerências administrativas cometidas pelos tribunais. Assim, o sistema do autogoverno se mostrou incapaz de atender aos reclamos sociais por um sistema judiciário célere, eficiente e seguro.

Para alguns pesquisadores, como Deocleciano (2010, p. 59), pode-se afirmar que o sistema de garantias previsto na Constituição Federal de 1988 resultou em uma verdadeira desordem institucional, constatando-se os seguintes pontos negativos no contexto do Poder Judiciário: a) acúmulo de demandas; b) morosidade processual; c) desrespeito aos princípios da Administração Pública (caso emblemático do nepotismo); d) desprestígio das ouvidorias; e) raridade das punições disciplinares e f) ausência de política centrada na gestão administrativa e financeira.

A solução de parte desses problemas que se acumulavam exigia a criação de novas formas de controle da atuação administrativa, financeira e disciplinar dos Tribunais, respeitada a preservação da imperiosa independência judicial decisional. Assim, a proposta de criação do Conselho Nacional de Justiça foi sendo fortificada, aceita e

moldada gradativamente, passando a integrar um dos pilares da idealizada reforma do Poder Judiciário pátrio (MACHADO, 2008, p. 66).

Ao adotar essa postura, o Brasil alinha-se a outros países, tais como Itália, Grécia, França, Espanha e Portugal, cujos Conselhos de Justiça ou de magistratura já representavam uma sede de controle administrativo e disciplinar da magistratura sem qualquer ingerência na independência decisional (MORAES, 2008, p. 515), a revelar quão infundados eram os argumentos daqueles que se mostravam refratários à criação do CNJ.<sup>3</sup>

Assim, em 31 de dezembro de 2004, após intenso trâmite legislativo, foi publicada a Emenda Constitucional n. 45/2004; “a democratização do Poder Judiciário iniciou o processo de consolidação” (MACHADO, 2008, p. 66) a partir da criação do Conselho Nacional de Justiça (posteriormente instalado em 14 de junho de 2005). Indubitavelmente, o CNJ não nasceu como forma de controle externo ao exercício da atividade jurisdicional, compondo o rol de órgãos do Poder Judiciário, estabelecido no art. 92, inciso I-A da CF, sendo “órgão de cúpula administrativa do Poder Judiciário” (MORAES, 2008, p. 516).

Ademais, ainda que integrante do Judiciário, o CNJ não foi dotado de funções jurisdicionais, sendo composto por quinze membros, em sua maioria (nove) integrantes do próprio Poder – tendo, nos demais, representantes das funções essenciais à Justiça (advocacia e Ministério Público) e da sociedade, estes escolhidos pelo Legislativo (MORAES, 2008, p. 516). Mantém, portanto, a forte independência judicial institucional, tendo 60% de membros juízes e, dentre esses, o Presidente do Conselho e o Corregedor de Justiça (ROBL FILHO, 2012, p. 233). Todavia, como órgão interno, o CNJ igualmente sofre limitações impostas pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Magistratura, e caso exceda suas funções ficará sujeito ao controle do Supremo Tribunal Federal (art. 102, inciso I, alínea “r”, CF), podendo até mesmo ser julgado pelo Senado Federal (art. 52, inciso II, CF) em caso de crime de responsabilidade (BRASIL, 1988b). Tais comandos demonstram que o CNJ na verdade não exerce um controle tão efetivo e externo, já que sua atuação fica sujeita, em última instância, ao crivo da Corte Constitucional.

A proeminência do Supremo tinha sido assegurada antes mesmo da efetiva instalação e funcionamento do CNJ. Com efeito, quando a constitucionalidade do CNJ foi questionada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) através da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) n. 3.367/DF, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedente referida ADIN, declarando constitucional a criação do Conselho Nacional de Justiça. Apesar de afastar os argumentos da AMB, entendendo que o novo órgão não afrontava a separação e independência dos poderes, limitou a atuação do CNJ aos órgãos jurisdicionais hierarquicamente inferiores ao STF e, complementarmente, confirmou-se o caráter nacional do CNJ como órgão administrativo do Poder Judiciário Nacional (STF, 2005).

A partir do novo art. 103-B, § 4º, da Constituição Federal e do julgamento do STF sobre a ADIN n. 3.367/DF, sacramentou-se a competência do CNJ para exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como fiscalizar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes através das atribuições previstas no referido dispositivo constitucional.

Dentre as competências do CNJ será analisada apenas a função de coordenação da atividade administrativa dos Tribunais, realizada através do exercício do poder regulamentar, por se entender que tal atuação se mostra essencial para o desenvolvimento da política de transparência pública do Poder Judiciário, sobretudo quando são utilizadas Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's).

Conforme já salientado, a descentralização administrativa e do planejamento estratégico organizacional prejudicou o enfrentamento dos problemas que acometiam o Judiciário. Objetivando conciliar o autogoverno dos Tribunais com a natureza unitária e indivisível desse Poder, o Conselho Nacional de Justiça recebeu então uma função para além do mero “controle da atuação administrativa”, prevista constitucionalmente: teria a missão de executar a coordenação interna sobre os rumos administrativos do Judiciário de forma unitária, de maneira a conciliar sua autonomia e independência, com atuação administrativa condizente com os princípios previstos no artigo 37 da Constituição Federal, conforme explicado por Deocleciano (2010, p. 65):

Em nosso sentir, entendemos que mais apropriado seria falar em coordenação interna e não controle, porque o intuito não é, puramente, dominar ou mandar fazer no sentido de investir-se de maior poder e esgotar a autonomia dos Tribunais. Ao contrário, sua função é de propiciar maior autonomia ao Judiciário a partir de uma atividade coordenada, até porque, em sua maioria, é composto por membros das mais diversas instâncias. O controle apareceria como instrumento acessório, pertinente a possibilitar um ambiente de consenso e de respeito à própria dignidade da Justiça e não como um fim maior a ser perseguido pelo CNJ.

Essa coordenação interna da atividade administrativa dos órgãos do Poder Judiciário – exceto o Supremo Tribunal Federal – torna-se possível pela atividade regulamentadora do CNJ, prevista no art. 103-B, § 4º, I da CF. Fundamentada no Poder Normativo, tal atribuição consiste na capacidade de o Conselho expedir atos internos “regulando situações diretamente ligadas à sua própria organização, à administração judiciária, como também ao exercício dos deveres funcionais das carreiras ligadas, direta ou indiretamente, ao Judiciário, zelando pela sua autonomia” (DEOCLECIANO, 2010, p. 75).

Esse poder normativo, imprescindível para a condução de uma política unitária e nacional sobre os aspectos da atividade administrativa do Poder Judiciário – e que

representa grande significado institucional – também suscitou contestações e polêmicas (MENDES, 2011, p. 1037), sobretudo quando se discutem seus limites de atuação.

Ao enfrentar o tema, Streck, Sarlet e Cléve (2005, p. 3-4) salientam que o constituinte derivado não delegou ao Conselho Nacional de Justiça o poder de vulnerar o princípio da reserva de lei e de jurisdição, de modo que suas Resoluções e demais atos regulamentares estariam submetidos a duas limitações: a) impossibilidade de expedição de regulamentos com caráter geral e abstrato, em face da reserva da lei; e b) impossibilidade de criar direitos e obrigação ou de ter ingerência nos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Na tentativa de dirimir a celeuma, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da atuação regulamentar do Conselho, desde que exercido no âmbito das matérias previstas no § 4º do art. 103-B da CF (MORAES, 2008, p. 522). O entendimento da Corte Suprema originou-se no julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade n. 12 – ADC 12 –, proposta em face da Resolução CNJ n. 07/05, conhecida como “resolução antinepotismo”.

Conforme voto do Relator Ministro Carlos Ayres Britto, a constitucionalidade da Resolução então em apreço fundamenta-se: a) na presença dos atributos da generalidade (normas proibitivas de ações administrativas de logo padronizadas), impessoalidade (ausência de indicação nominal ou patronímica) e abstratividade; e b) no fato de sua temática derivar diretamente do art. 103-B da CF, tendo por finalidade densificar os princípios da legalidade, moralidade, eficiência e impessoalidade (previstos no art. 37 da CF) na atividade administrativa do Judiciário (STF, 2010).

Percebe-se uma divergência entre o entendimento do Relator, confirmado no término do julgamento em questão, e as lições de Streck, Sarlet e Cléve (2005, p. 3-4), notadamente em relação ao caráter de abstratividade e generalidade dos atos regulamentares do CNJ. Porém, como essa discussão é digna de um estudo específico que excede os limites deste trabalho, será adotado neste artigo o entendimento manifestado pelo STF.

Portanto, em conformidade com a interpretação da Corte, estando o dever de transparência pública consubstanciado no princípio da publicidade previsto no artigo 37 da CF, torna-se plenamente viável o exercício do poder normativo primário pelo CNJ nesse tema. O exercício da atividade regulamentadora nesse norte é de relevância ímpar, porquanto a temática da transparência pública e da ampla divulgação das informações que estão sob o poder da Administração Pública à sociedade é a pedra angular do controle social sobre a atividade estatal, conforme abordado na primeira parte deste artigo.

No âmbito do Judiciário, tal importância é reforçada na medida em que tal Poder, a despeito de seu papel na defesa das garantias individuais e sociais no Estado Democrático de Direito, sempre esteve muito distante da população, em parte porque seus agentes não são elegíveis, mas também pela cultura hermética e fechada que conduzia sua Administração (OLIVEIRA, 2010, p. 129).

Uma vez delimitada a competência do CNJ atinente à matéria, no próximo tópico será evidenciada a atuação regulamentar desse órgão para impulsionar a transparência pública, sobretudo pela disponibilização de informações nos portais e sites dos tribunais, medida que se revela fundamental para a democratização do Poder Judiciário.

## **2.2 O EXERCÍCIO DO PODER NORMATIVO PRIMÁRIO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA EM FAVOR DA TRANSPARÊNCIA ATIVA**

Para cumprir o objetivo principal da pesquisa ora apresentada, foram analisadas todas as Resoluções exaradas pelo Conselho Nacional de Justiça no exercício do seu poder normativo, desde sua respectiva previsão constitucional, pela publicação e vigência da Emenda Constitucional n. 45/2004, até o dia 25 de julho de 2013.

Nesse exame, conduzido pela técnica de pesquisa documental, objetivou-se selecionar as regulamentações que contivessem obrigações direcionadas aos órgãos sujeitos à atuação do CNJ destinadas a promover a transparência pública no âmbito de suas atuações administrativa e financeira, valendo-se especialmente da Internet. Com isso buscou-se investigar tanto a transparência ativa do Poder, consubstanciada na divulgação espontânea de informações públicas de interesse coletivo, quanto examinar a transparência passiva, ou seja, o atendimento das demandas apresentadas pelo cidadão.

Os resultados desse estudo foram delineados na tabela que acompanha o presente artigo científico (Tabela de Resoluções do Conselho Nacional de Justiça selecionadas pela pesquisa documental), dividida em quatro colunas: a) identificação do ato regulamentar; b) dispositivos que regulamentam deveres de transparência ativa e passiva, com identificação de sua função; c) obrigações impostas aos órgãos do Poder Judiciário; e d) previsão da mesma obrigação pela Lei n. 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação Pública.

Foram constatadas cinco Resoluções que, atendendo aos critérios preestabelecidos na pesquisa documental, impõem aos órgãos submetidos à atuação do CNJ a obrigação de divulgar informações relativas à gestão administrativa e financeira por meio dos sítios eletrônicos mantidos na rede mundial de computadores: Resoluções n. 76, 79, 83, 102, 115.

Entre elas, apenas as Resoluções n. 79 e 102, de 09 de junho de 2009 e 15 de dezembro de 2009, respectivamente, possuem como tema central a regulamentação do dever de publicidade das informações alusivas à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos. São, indubitavelmente, os grandes marcos da atuação normativa do CNJ nessa área, a partir dos quais se constata sua preocupação em relação à necessária transparência ativa referente à gestão financeira dos órgãos do Poder Judiciário.

A Resolução n. 79, em seu art. 3º, obrigou os Tribunais e Conselhos a criarem, em seus sítios eletrônicos, um campo de informações denominado “transparência”, onde

disponibilizariam os dados concernentes à programação e execução orçamentária, contendo, no mínimo:

- a) informações pormenorizadas sobre a execução orçamentária e financeira, com discriminação dos valores desembolsados, mensal e anualmente, e classificação de todas as despesas por rubrica própria e específica, a título de pessoal, investimentos ou custeio, vedada a identificação genérica de pagamentos (“pessoal”, “vantagens”, “outros” ou “diversos”, por exemplo);
- b) no pagamento a fornecedores, os dados referentes ao número do correspondente processo, ao bem fornecido ou ao serviço prestado, à pessoa natural ou jurídica beneficiária do pagamento e, quando for o caso, ao procedimento licitatório realizado;
- c) o lançamento e o recebimento de toda receita destinada às unidades gestoras, inclusive referentes a recursos extraordinários. (BRASIL, 2009d)

Posteriormente o CNJ complementou a Resolução n. 79 através da Resolução n. 102, ocasião em que detalhou as informações que deveriam ser publicadas no item “transparência” dos sítios eletrônicos dos órgãos. A partir dessa normativa ampliou-se o dever de divulgação para áreas diversas da gestão financeira: organização funcional e remuneração dos ocupantes de cargos; divulgação do quadro de magistrados e demais agentes públicos; relação dos empregados de empresas contratadas em exercício nos órgãos e relação dos servidores e/ou empregados não integrantes do quadro próprio em exercício no órgão, dentre outras previsões (BRASIL, 2009f).

Ademais, acertou o CNJ ao exigir, na Resolução n. 102, que a publicidade dessas informações ocorresse de acordo com seus artigos 2º e 3º, mediante itens temáticos específicos – detalhamento esse que contribui para maior qualidade do controle ulterior, social ou horizontal. Essa Resolução também contemplou anexos com a finalidade de uniformizar a divulgação de informações em todos os tribunais e conselhos, o que além de beneficiar o estudo e acompanhamento estatístico das gestões igualmente permite um controle ulterior de maior qualidade (BRASIL, 2009f).

Outra determinação que evidencia a atenção do CNJ à evolução das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's) é a contida no § 3º do artigo 4º dessa Resolução, obrigando a publicação das informações em formato hipertexto (HTML - Hypertext Markup Language), cuja cópia deverá estar disponível em arquivo para download no sítio dos órgãos (BRASIL, 2009f). Essa determinação expressa a atenção que todos os órgãos públicos devem ter com a população, produzindo conteúdos que possam ser facilmente acessados e armazenados pelos cidadãos.

As demais Resoluções, por outro lado, referem-se a temáticas diversas, constantes na primeira coluna da Tabela. O ponto em comum refere-se ao fato de que

contemplam dispositivo específico no qual há previsão de dever de ampla divulgação de informações nos sítios eletrônicos mantidos na internet. Dentre elas, cumpre salientar a importância ímpar da Resolução n. 76, que criou o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ) e obrigou os Tribunais a manterem em seus portais oficiais um espaço permanente para divulgação dos dados estatísticos relativos à atuação administrativa e jurisdicional, explicitando inclusive a produtividade dos magistrados (BRASIL, 2009c).

Nota-se, portanto, que o CNJ diversificou sua atenção normativa, regulamentando não apenas a publicidade de informações oriundas da gestão financeira e orçamentária, mas também a atuação administrativa e jurisdicional, o que possibilita maior controle social sobre a eficiência do Poder Judiciário e integrantes da magistratura. Trata-se, então, de um importante mecanismo de prevenção à morosidade, porquanto conduz à exposição pública os focos de ineficiência existentes na magistratura nacional. Além disso, a divulgação dessas estatísticas permite a elaboração de pesquisas científicas que poderão contribuir para a realização do planejamento estratégico dos órgãos – o que seria uma manifestação louvável de democratização na Administração Pública. Salienta-se que todas essas Resoluções selecionadas e constantes da tabela anexada preconizam obrigações que se situam no ambiente da transparência pública ativa.

Por outro lado, entende-se que a transparência passiva, segundo a qual os órgãos públicos atendem as demandas dos cidadãos, não foi abordada satisfatoriamente pelo CNJ no exercício de seu poder normativo. A Resolução n. 79, através do seu artigo 3º, estabelece a obrigação dos Tribunais manterem serviço de atendimento aos usuários da Justiça, preferencialmente por ouvidorias (BRASIL, 2009d). Porém, além de não ter ampliado tal dever aos sítios eletrônicos, não obrigados a manter atendimento on-line, o dispositivo preconiza que esse serviço seria destinado apenas a “receber sugestões, críticas e reclamações acerca de suas atividades administrativas e jurisdicionais”, o que não contempla o recebimento e processamento de pedidos de informação. Essa lacuna é preocupante, uma vez que não se coaduna com a postura democrática que se impõe ao Poder Judiciário.

Digno de destaque o fato de todas as Resoluções constantes da Tabela terem sido publicadas em período anterior ao advento da Lei n. 12.527/11 – Lei de Acesso à Informação (LAI). Na esteira do que foi afirmado na primeira parte deste artigo, a LAI positivou obrigações de transparência ativa e passiva a uma grande gama de entidades e órgãos públicos, dentre os quais os integrantes do Poder Judiciário. Inegavelmente sua publicação foi tardia, principalmente se comparada à atuação de outros países cujo direito à informação já estava regulamentado. A regulamentação tardia conferiu ainda maior relevância à atuação normativa do CNJ, que desde o ano de 2009 cumpre o dever de transparência pública.

Em que pese o fato de que uma primeira leitura possa conduzir à interpretação de que o CNJ tenha se antecipado aos comandos da Lei n. 11.527/2011, mesmo assim

sua atuação normativa deixa a desejar, já que desde sua criação poderia, a exemplo da atuação do Poder Executivo federal, observar o dever de transparência pública ativa e disponibilizar no Portal da Transparência informações referentes a recursos públicos federais (BRASIL, 2004m).

Não se pode olvidar também que a análise comparativa entre as obrigações contidas nas Resoluções selecionadas e nas normas contidas na LAI demonstrou que a atuação regulamentar do CNJ ocorreu em pontos diversos, notadamente em relação à publicação de informações decorrentes da gestão de precatórios (Resolução n. 115) e dos relatórios estatísticos da atuação administrativa e jurisdicional (Resolução n. 76). No que tange à transparência ativa das informações originadas na gestão orçamentária, financeira e de recursos humanos, a Resolução n. 102 é mais abrangente, detalhada e exigente do que a novel legislação, evidenciando sua importância para a política de transparência atualmente executada no âmbito do Poder Judiciário.

Por fim, destaca-se que como o campo de incidência da LAI é extremamente amplo, atingindo um grande número de entidades da Administração Pública Direita e Indireta (além de entidades privadas), a maioria das obrigações que impõe são genéricas, com um grande número de normas principiológicas. Esse caráter torna fundamental a atuação regulamentar dos órgãos administrativos competentes (no caso específico do Judiciário, o CNJ) para normatização da publicação ativa de informações relacionadas a temas próprios e específicos de sua atividade.

Será importante, então, que o CNJ, a quem incumbe à coordenação da política administrativa do Poder Judiciário, publique um ato normativo específico para regulamentar a aplicação da Lei n. 12.527/11 nesse Poder, dispondo, dentro dos limites legais (reserva da lei), sobre as principais adaptações que os Tribunais terão de realizar em sua gestão para respeitar integralmente os dispositivos nela positivados, tais como: procedimentos internos tendentes ao cumprimento dos deveres de transparência passiva; estruturação obrigatória de órgãos e divisões administrativas para gestão das informações produzidas e custodiadas; forma unificada de divulgação das informações nos sítios mantidos na rede mundial de computadores; detalhamento maior das informações que deverão ser publicadas ativamente e controle de informações sigilosas. As resoluções selecionadas na pesquisa documental são um avanço, mas insuficientes para a complexidade do direito fundamental de acesso à informação regulamentado pela Lei n. 12.527/11.

Indubitavelmente, tal ação regulamentar já deveria ter ocorrido em virtude de sua importância para a consolidação de um sistema de transparência pública uniforme em todos os órgãos do Poder Judiciário. A condução da gestão administrativa desse modo foi um dos pressupostos da criação do Conselho Nacional de Justiça, consistindo em função de grande relevância, que deve sempre ser executada de forma célere e técnica, a fim de proporcionar uma atividade pública coadunada com os princípios do artigo 37 da Constituição Federal.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do aporte teórico, construído a partir da pesquisa bibliográfica e documental sobre o tema, inicialmente verificou-se a evolução do dever de transparência na sociedade informacional, com destaque para alguns documentos internacionais. Por meio desse estudo, percebeu-se a importância da utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC's), especialmente a Internet, para o cumprimento do dever de transparência ao proporcionar o acesso à informação e exercício da ciberdemocracia na sociedade informacional.

Em um segundo momento, foram abordados aspectos históricos relacionados à criação e ao reconhecimento do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) como órgão responsável pela coordenação da política administrativa do Poder Judiciário, bem como a premissa de que a concretização dessa função depende diretamente do exercício do seu poder normativo regulamentar perante os órgãos sujeitos a sua atuação.

De posse dessas premissas, buscou-se neste estudo verificar as iniciativas normativas do Conselho Nacional de Justiça que direcionassem obrigações de transparência ativa e passiva aos órgãos integrantes do Judiciário sobre sua atuação administrativa e financeira, aproveitando-se as potencialidades de publicidade geradas na Internet. A pesquisa documental teve como marco inicial a criação do CNJ e como marco final o dia 25 de julho de 2013, abrangendo período temporal pretérito e posterior à regulamentação do direito fundamental à informação pela Lei n. 12.527.

Constatou-se que desde 2009 o Conselho Nacional de Justiça exerce sua competência normativa no norte pesquisado, tendo sido selecionadas as Resoluções n. 76, 79, 83, 102 e 115. Todas elas estabelecem o dever de transparência ativa (publicação da informação, independentemente de requerimento prévio) aos órgãos do Poder Judiciário, através dos sítios eletrônicos mantidos na rede mundial de computadores.

A Resolução n. 102, especificamente, simboliza a atenção que o Conselho conferiu à publicidade das informações resultantes da gestão financeira e execução orçamentária, com ampla divulgação das mesmas na Internet, apresentando-se como uma referência de qualidade para a atuação futura do órgão no tema da transparência pública, em razão do seu detalhamento e do rigor técnico empregado.

Contudo, essas mesmas características positivas não foram encontradas no que tange à disciplina de obrigações de transparência pública passiva. Essa, apesar de possuir relevância inquestionável no âmbito do Estado Democrático de Direito, não recebeu a devida atenção pelo CNJ, uma vez que a criação de ouvidorias não pode ser considerada a única medida suficiente para atender as solicitações decorrentes do exercício do direito fundamental de acesso à informação. Assim, o potencial a ser explorado nessa área pelo poder normativo do CNJ é amplo, abrangendo desde a fixação das estruturas administrativas obrigatórias para o cumprimento eficaz do dever, passando pela incumbência de regulamentação de diretrizes para o armazenamento, até a gestão digital das informações públicas produzidas.

Outra lacuna ainda existente (cuja solução deve ser prioritária e urgente) diz respeito à adoção de mecanismos para o cumprimento da Lei n. 12.527/11 no âmbito do Poder Judiciário. Esse marco legal, de relevância ímpar para a eficácia do direito fundamental de acesso às informações públicas, é complexo e exige atuação normativa do CNJ, tanto no sentido de adequar as obrigações legais à realidade particular do Poder (com a publicação espontânea de informações) quanto para preconizar uma política administrativa uniforme, pautada no paradigma da máxima divulgação.

Nesse sentido, tem-se que a atuação do CNJ na temática pesquisada é positiva em alguns aspectos, mas necessita de melhor atuação regulamentar futura em outros. A condução da política judiciária nacional pelo Conselho, mediante o exercício do seu poder normativo, não pode desconsiderar a extrema relevância do direito fundamental de acesso às informações públicas, principalmente no contexto atual da sociedade informacional.

O Poder Judiciário, enquanto responsável pela tutela dos direitos e garantias fundamentais e, conseqüentemente, um símbolo do Estado Democrático de Direito, deveria, inclusive, ser referência de qualidade e eficiência no cumprimento do dever de transparência pública ativa e passiva. Essa confirmação é imprescindível, mas depende diretamente do exercício proativo do CNJ, no âmbito do poder normativo, para adequar-se aos preceitos e diretrizes da novel legislação.

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 30/07/2013

## NOTAS

\* O presente artigo representa os resultados parciais do Projeto de Pesquisa “O uso das tecnologias da informação e comunicação pelo Poder Judiciário brasileiro: os sites e portais como instrumentos para implementar a Lei n. 12.527/11”, desenvolvido no Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Maria, contemplado com recursos do Edital n. 18/2012 do CNPq.

1 Em nível mundial o reconhecimento do direito de acesso à informação, erigido à categoria de direito humano fundamental, passou a ser objeto de debates e de realização de compromissos internacionais a partir do período pós-guerra, dentre os quais se destacam: a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), elaborada em 10 de dezembro de 1948; o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, firmado em 1966, aprovado no Congresso Nacional pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, ao que se seguiu a expedição do Decreto Presidencial n. 592, de 06 de julho de 1992 (BRASIL, 1992k); a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, firmado em 22 de novembro de 1969 (COMISSÃO, 2000) e internalizado no Brasil por meio do Decreto Presidencial n. 678, de 06 de novembro de 1992 (BRASIL, 1992i); a Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em outubro de

2003 (ONU, 2003), aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005 (BRASIL, 2005h) e promulgada pelo Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (BRASIL, 2006j).

2 O direito à informação foi erigido à categoria de direito fundamental pela Assembleia Constituinte no artigo 5º, inciso XXXIII: “Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (BRASIL, 1988b).

3 Aliás, conforme explica Mendes (2011, p. 1033), nesses países europeus, em que algumas atribuições de governo e administração dos tribunais, como seleção, nomeação e fiscalização de magistrados eram normalmente atribuídas a um órgão do Poder Executivo, os Conselhos de Magistratura foram criados com o objetivo principal de limitar a atuação do Executivo, na medida em que tais competências eram utilizadas como forma de interferência no Judiciário.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARTIGO 19. O direito do público a estar informado. Princípios sobre a legislação de liberdade de informação. Artigo 19: Londres, 1999. Disponível em: <<http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/public-right-to-know-portuguese.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil. Neutralidade na Rede: Internet para todos. Revista .br, Ano 03, edição 04, 2011a.
- \_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988b. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 76c. Dispõe sobre os princípios do Sistema de Estatística do Poder Judiciário, estabelece seus indicadores, fixa prazos, determina penalidades e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia?start=100>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Resolução n. 79d. Dispõe sobre a transparência na divulgação das atividades do Poder Judiciário brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12197-resolucao-no-79-de-9-de-junho-de-2009>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Resolução n. 83e. Dispõe sobre a aquisição, locação e uso de veículos no âmbito do Poder Judiciário brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia?start=90>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Resolução n. 102f. Dispõe sobre a regulamentação da publicação de informações alusivas à gestão orçamentária e financeira, aos quadros de pessoal e respectivas estruturas remuneratórias dos tribunais e conselhos. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia/12218-resolucao-no-102-de-15-de-dezembro-de-2009>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Resolução n. 115g. Dispõe sobre a Gestão de Precatórios no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia?start=60>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto Legislativo n. 348, de 18 de maio de 2005h. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral da Organização das Nações Unidas em outubro de 2003. Disponível em: <[http://www.cgu.gov.br/onu/convencao/arquivo/Dec\\_Legislativo\\_Convencao.pdf](http://www.cgu.gov.br/onu/convencao/arquivo/Dec_Legislativo_Convencao.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992i. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto Presidencial n. 5.687, de 31 de janeiro de 2006j. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Decreto Presidencial n. 592, de 06 de julho de 1992k. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2013.

- \_\_\_\_\_. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, n. inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 18 out. 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>. Acesso em: 20 jul. 2013l.
- \_\_\_\_\_. Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 3367n. Relator Ministro Cezar Peluso. 13 de abril de 2005, Pleno: Diário de Justiça, Brasília, DF, 22 set. 2006.
- \_\_\_\_\_. ADC n. 12-MCo. Relator Ministro Carlos Britto. 16 de fevereiro de 2006. Diário de Justiça, Brasília, DF, 01 set. 2006.
- CASTELLS, Manuel. A sociedade em rede – a era da informação: economia, sociedade e cultura. 5.ed. Traduzido por Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Vanancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- \_\_\_\_\_. A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade. Traduzido por Maria Luiza X. De A. Borges, revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Declaração de Princípios sobre Liberdade de expressão. Aprovado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/s.Convencao.Libertade.de.Expressao.htm>>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. O Conselho Nacional de Justiça e o controle democrático do Poder Judiciário: uma realidade possível?. Disponível em: <<http://uol02.unifor.br/oul/ObraBdtdSiteTrazer.do?method=trazer&obraCodigo=85815&programaCodigo=84&ns=true>>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- INTERNACIONAL CONFERENCE ON THE RIGHT PUBLIC INFORMATION. February, 27-29, 2008. Declaração de Atlanta e plano de ação para o avanço do direito de acesso à informação. Disponível em: <[http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/atlanta\\_declaration\\_unofficial\\_portuguese.pdf](http://www.cartercenter.org/resources/pdfs/peace/americas/atlanta_declaration_unofficial_portuguese.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- LEVY, Pierre. Cibercultura. São Paulo: Editora 34, 1999.
- MACHADO, Natália Gaspar. O Conselho Nacional de Justiça: um estudo da função normativa. Disponível em: <[http://www6.univali.br/tede/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=565](http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=565)>. Acesso em: 20 jul. 2013.
- MARTINS, Paula Lígia. Acesso à informação: um direito fundamental e instrumental. Acervo: Rio de Janeiro, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de Direito Constitucional. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MIRAGEM, Bruno. A Nova Administração Pública e o Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- OLIVEIRA, Vitor Costa. O Conselho Nacional de Justiça e a cultura política brasileira. Disponível em: <[http://bdtd.ufs.br/tde\\_busca/arquivo.php?codArquivo=540](http://bdtd.ufs.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=540)>. Acesso em: 21 jul. 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção. Disponível em: <[http://www.unodc.org/pdf/brazil/ConvONUcorrup\\_port.pdf](http://www.unodc.org/pdf/brazil/ConvONUcorrup_port.pdf)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, 1966. Disponível em: <[http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/pacto\\_dir\\_politicos.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2013.
- PIANA, Ricardo Sebastián. Gobierno electrónico: gobierno, tecnologías y reformas. La Plata: Univ. Nacional de La Plata, 2007.
- ROBL FILHO, Ilton Norberto. Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e Accountability. São Paulo: Saraiva, 2012.
- STRECK, Lenio Luiz; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>>. Acesso em: 24 jul. 2013.

ANEXO:

**TABELA DE RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA SELECIONADAS PELA PESQUISA DOCUMENTAL**

IDENTIFICAÇÃO DA RESOLUÇÃO	DISPOSITIVOS QUE REGULAMENTAM DEVERES DE TRANSPARÊNCIA ATIVA E PASSIVA SOBRE INFORMAÇÕES DECORRENTES DA GESTÃO ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA	SÍNTESE DAS OBRIGAÇÕES IMPOSTAS AOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO	PREVISÃO DA MESMA OBRIGAÇÃO PELA LEI N. 12.527/11
<p><b>RESOLUÇÃO N. 76, DE 12 DE SETEMBRO DE 2009</b> DISPÕE SOBRE OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DE ESTATÍSTICA DO PODER JUDICIÁRIO, ESTABELECE SEUS INDICADORES, FIXA PRAZOS, DETERMINA PENALIDADES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.</p>	<p>ARTIGO 8º, § 3º (TRANSPARÊNCIA ATIVA)</p>	<p>DIVULGAÇÃO, EM ESPAÇO PERMANENTE E DE FÁCIL ACESSO EM SEUS SÍTIOS ELETRÔNICOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES, DOS DADOS ESTATÍSTICOS ALUSIVOS À SUA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA E JURISDICIONAL, INCLUSIVE PRODUTIVIDADE DOS MAGISTRADOS.</p>	<p>NÃO ESPECIFICAMENTE</p>
<p><b>RESOLUÇÃO N. 79, DE 09 DE JUNHO DE 2009</b> DISPÕE SOBRE A TRANSPARÊNCIA NA DIVULGAÇÃO DAS ATIVIDADES DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.</p>	<p>A) ARTIGO 2º, III, ALÍNEAS 'A', 'B' E 'C' (TRANSPARÊNCIA ATIVA)</p>	<p>A) DISPOSIÇÃO, NOS SÍTIOS ELETRÔNICOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES, DE CAMPO DE INFORMAÇÕES DENOMINADO "TRANSPARÊNCIA", ONDE ESTEJAM ARMAZENADOS DADOS RELATIVOS À PROGRAMAÇÃO E EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA, INTEGRADOS A SISTEMA INFORMATIZADO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA E CONTROLE, CONTENDO, EM TEMPO REAL, NO MÍNIMO: INFORMAÇÕES PORMENORIZADAS SOBRE A EXECUÇÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA, COM DISCRIMINAÇÃO DOS VALORES DESEMBOLSADOS, MENSAL E ANUALMENTE, E CLASSIFICAÇÃO DE TODAS AS DESPESAS POR RUBRICA PRÓPRIA E ESPECÍFICA, A TÍTULO DE PESSOAL, INVESTIMENTOS OU CUSTEIO, VEDADA A IDENTIFICAÇÃO GENÉRICA DE PAGAMENTOS ("PESSOAL", "VANTAGENS", "OUTROS" OU</p>	<p>SIM – ARTIGO 8º, § 1º, II, III E IV.</p>

“DIVERSOS”, POR EXEMPLO); NO PAGAMENTO A FORNECEDORES, OS DADOS REFERENTES AO NÚMERO DO CORRESPONDENTE PROCESSO, AO BEM FORNECIDO OU AO SERVIÇO PRESTADO, À PESSOA NATURAL OU JURÍDICA BENEFICIÁRIA DO PAGAMENTO E, QUANDO FOR O CASO, AO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO REALIZADO; E O LANÇAMENTO, BEM COMO O RECEBIMENTO DE TODA RECEITA DESTINADA ÀS UNIDADES GESTORAS, INCLUSIVE REFERENTES A RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS.

<p><b>RESOLUÇÃO N.º 83, DE 10 DE JUNHO DE 2009</b> DISPÕE SOBRE A AQUISIÇÃO, LOCAÇÃO E USO DE VEÍCULOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.</p>	<p>ARTIGO 5º, <i>CAPUT.</i> (TRANSPARÊNCIA ATIVA)</p>	<p>DIVULGAÇÃO, PELOS TRIBUNAIS E CONSELHOS, ATÉ 31 DE JANEIRO DE CADA ANO, DA LISTA DE VEÍCULOS OFICIAIS UTILIZADOS, COM INDICAÇÃO DAS QUANTIDADES EM CADA UMA DAS CATEGORIAS CRIADAS PELA RESOLUÇÃO, NO DIÁRIO DE JUSTIÇA EM QUE DIVULGUEM SEU EXPEDIENTE E EM ESPAÇO PERMANENTE E FACILMENTE ACESSÍVEL DO SÍTIO ELETRÔNICO RESPECTIVO NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES.</p>	<p>NÃO.</p>
<p><b>RESOLUÇÃO N. 102, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2009</b> DISPÕE SOBRE A REGULAMENTAÇÃO DA PUBLICAÇÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS À GESTÃO ORÇAMENTÁRIA E FINANCEIRA, AOS QUADROS DE PESSOAL E RESPECTIVAS ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS DOS TRIBUNAIS E CONSELHOS.</p>	<p>A) ARTIGO 1º, INCISOS I, II, III, IV E V (TRANSPARÊNCIA ATIVA)  B) ARTIGO 3º, INCISOS I, II, III, IV, V E VI (TRANSPARÊNCIA ATIVA)  C) ARTIGO 4º, § 3º (TRANSPARÊNCIA ATIVA)</p>	<p>A) PUBLICAR, NOS SÍTIOS MANTIDOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES: DADOS DE SUA GESTÃO ORÇAMENTÁRIA, DA FORMA DOS ANEXOS DA RESOLUÇÃO; INFORMAÇÕES SOBRE ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS, QUANTITATIVOS DE PESSOAL EFETIVO E COMISSIONADO E ORIGEM FUNCIONAL DOS ÚLTIMOS; RELAÇÃO DE MEMBROS DA MAGISTRATURA E DEMAIS AGENTES PÚBLICOS; RELAÇÃO DOS EMPREGADOS DE EMPRESAS CONTRATADAS EM EXERCÍCIO NOS ÓRGÃOS; RELAÇÃO DOS SERVIDORES E/OU EMPREGADOS NÃO INTEGRANTES DO QUADRO PRÓPRIO EM EXERCÍCIO NO ÓRGÃO, EXCETUADOS OS OCUPANTES DE CARGO EM COMISSÃO OU FUNÇÃO DE CONFIANÇA.</p> <p>B) COMPLEMENTANDO O ART. 1º, ACIMA ABORDADO, DIVULGAR, NOS RESPECTIVOS SÍTIOS ELETRÔNICOS NA REDE MUNDIAL DE COMPUTADORES: AS ESTRUTURAS REMUNERATÓRIAS DOS QUADROS DE PESSOAL EFETIVO, DOS CARGOS</p>	<p>NÃO.</p>

E FUNÇÕES COMISSIONADOS E OS SUBSÍDIOS DOS MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO E DEMAIS AGENTES PÚBLICOS ATUANTES; AS REMUNERAÇÕES, DIÁRIAS, INDENIZAÇÕES E QUAISQUER OUTRAS VERBAS PAGAS AOS MEMBROS DA MAGISTRATURA E AOS SERVIDORES A QUALQUER TÍTULO, COLABORADORES E COLABORADORES EVENTUAIS OU DELES DESCONTADAS, COM IDENTIFICAÇÃO NOMINAL DO BENEFICIÁRIO E DA UNIDADE NA QUAL EFETIVAMENTE PRESTA OS SEUS SERVIÇOS, NA FORMA DO ANEXO VIII.

C) PUBLICAR TODAS AS INFORMAÇÕES REFERIDAS NA RESOLUÇÃO EM FORMATO HIPERTEXTO (HTML), DISPONIBILIZANDO CÓPIA PARA *DOWNLOAD* NOS SÍTIOS ELETRÔNICOS.

---

<b>RESOLUÇÃO N. 115, DE 29 DE JUNHO DE 2010</b> DISPÕE SOBRE A GESTÃO DE PRECATÓRIOS NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO	ARTIGO 1º, §ºS 1º E 2º (TRANSPARÊNCIA ATIVA)	DIVULGAÇÃO, NOS PORTAIS MANTIDOS NA INTERNET, DE INFORMAÇÕES SOBRE A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS JUDICIAIS, EM SUA RESPECTIVA ORDEM.	NÃO.
---	--	---	------

---

**Fontes:**

Resoluções do Conselho Nacional de Justiça. Disponíveis em:  
< <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/resolucoespresidencia>>.  
Acesso em: 25 jul. 2013.

Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n. 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n. 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.

In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 18 out. 2011. Disponível em:  
<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm)>.  
Acesso em: 20 jul. 2013l.

Rua Appel, n. 64, ap. 602  
Centro – 97015-030  
Santa Maria – RS – Brasil  
[rosaneleals@terra.com.br](mailto:rosaneleals@terra.com.br)

*Rosane Leal da Silva*

COORDENADORA DO NÚCLEO DE DIREITO INFORMACIONAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
PROFESSORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO FRANCISCANO  
PROFESSORA ADJUNTA DO CURSO DE DIREITO  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA,  
COM ATUAÇÃO NA GRADUAÇÃO E Mestrado  
DOUTORA EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

Rua Coronel Valença, n. 21  
Passo da Areia – 97020-180  
Santa Maria – RS – Brasil  
[patricia.adriani@hotmail.com](mailto:patricia.adriani@hotmail.com)

*Patrícia Adriani Hoch*

ACADÊMICA DO CURSO DE DIREITO DA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
INTEGRANTE DO NÚCLEO DE DIREITO INFORMACIONAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA

Rua São Vicente Pallotti, n. 32  
Patronato – 97020-680  
Santa Maria – RS – Brasil  
[lucas@rsflorescoelhoerighi.adv.br](mailto:lucas@rsflorescoelhoerighi.adv.br)

*Lucas Martins Righi*

PÓS-GRADUADO EM DIREITO TRIBUTÁRIO E EMPRESARIAL  
PELA UNIVERSIDADE ANHANGUERA  
GRADUADO EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA  
INTEGRANTE DO NÚCLEO DE DIREITO INFORMACIONAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA



## O CNJ E OS DISCURSOS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO

Ivan Candido da Silva de Franco e Luciana Gross Cunha

THE CNJ AND THE DISCOURSES OF LAW AND DEVELOPMENT

### RESUMO

ESTE ARTIGO PRETENDE TESTAR A APLICABILIDADE DA LITERATURA NO CAMPO DO *DIREITO E DESENVOLVIMENTO* EM UMA FACETA ESPECÍFICA DA REFORMA DO JUDICIÁRIO: O CONTROLE DISCIPLINAR EXERCIDO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). PRIMEIRAMENTE, EXPLORAMOS A LITERATURA DOMINANTE DE REFORMAS INSTITUCIONAIS, DE MODO A FICAREM CLAROS SEUS PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS, O QUE É SEGUIDO PELA EXPOSIÇÃO DE CORRENTES CRÍTICAS A ESSAS ABORDAGENS. SÃO DESCRITAS, EM SEGUIDA, AS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELO CNJ, BEM COMO SÃO DEMONSTRADOS ALGUNS DE SEUS EFEITOS, QUE JÁ PODEM SER SENTIDOS. ESSE CAMINHO PERMITE INICIAR A RESPOSTA À PERGUNTA DO ARTIGO SOBRE A PERTINÊNCIA DOS MARCOS TEÓRICOS DOMINANTES À PROBLEMÁTICA DA FUNÇÃO DISCIPLINAR DO CONSELHO, AVALIANDO, COM ISSO, A ADERÊNCIA DESSAS TEORIAS À REALIDADE BRASILEIRA. PARA TANTO, FOI FEITO O MAPEAMENTO DE ARGUMENTOS FREQUENTEMENTE UTILIZADOS NAS ABORDAGENS SOBRE REFORMAS INSTITUCIONAIS NO CAMPO ESTUDADO COM O FIM DE VERIFICAR SUA RESPONSABILIDADE AOS PRINCIPAIS DEBATES SURGIDOS À ÉPOCA DA CRIAÇÃO DO CNJ. APÓS CONSTATAR QUE ESSAS CONSTRUÇÕES TEÓRICAS NÃO SÃO SUFICIENTES, SUGERIMOS FORMAS DE ALIAR ABORDAGENS DE *DIREITO E DESENVOLVIMENTO* A SITUAÇÕES CONCRETAS, CONSIDERANDO AS RELEVANTES VARIAÇÕES LOCAIS, MUITAS VEZES RELEGADAS PELAS TEORIAS DOMINANTES.

### PALAVRAS-CHAVE

DIREITO E DESENVOLVIMENTO; TEORIAS DOMINANTES; REFORMAS INSTITUCIONAIS; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ).

### ABSTRACT

THIS ARTICLE AIMS TO TEST THE APPLICABILITY OF THE PREVAILING THEORIES IN THE LAW AND DEVELOPMENT FIELD IN A SPECIFIC ASPECT OF THE JUDICIAL REFORM: THE DISCIPLINARY CONTROL IN THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL (CNJ). FIRST OF ALL, WE EXPLORE THE DOMINANT LITERATURE OF INSTITUTIONAL REFORMS, TO CLARIFY ITS MAIN THEORETICAL ASSUMPTIONS, WHICH IS FOLLOWED BY THE EXPOSURE OF CRITICAL APPROACHES ABOUT THEM. THE MAIN CHANGES INTRODUCED BY THE CNJ ARE THEN DESCRIBED, AND SOME OF THEIR EFFECTS ARE SHOWN, EFFECTS THAT CAN ALREADY BE FELT. THIS PATH ALLOWS US TO START THE ANSWER TO THE MAIN QUESTION OF THE ARTICLE, WHICH IS THE RELEVANCE OF THE DOMINANT THEORETICAL FRAMEWORKS TO THE PROBLEM OF THE DISCIPLINARY FUNCTION OF THE COUNCIL, ASSESSING, THEREBY, THE ADHESION OF THESE THEORIES TO THE BRAZILIAN REALITY. THE WORK WAS DONE BY DESCRIBING COMMONLY USED ARGUMENTS ON INSTITUTIONAL REFORMS' APPROACHES IN THE FIELD IN ORDER TO VERIFY THEIR RESPONSIVENESS TO THE MAIN DEBATES THAT AROSE AT THE TIME OF THE CREATION OF THE CNJ. HAVING ESTABLISHED THAT THESE THEORETICAL FRAMEWORKS ARE NOT SUFFICIENT, WE SUGGEST WAYS TO COMBINE APPROACHES OF LAW AND DEVELOPMENT TO CONCRETE SITUATIONS, CONSIDERING THE RELEVANT LOCAL VARIATIONS OFTEN RELEGATED BY THE DOMINANT THEORIES.

### KEYWORDS

LAW AND DEVELOPMENT; PREVAILING THEORIES; INSTITUTIONAL REFORMS; NATIONAL JUSTICE COUNCIL (CNJ).

*Os senhores acham que o Estado de Direito no Brasil está enfraquecido? (...) Nós temos, seguramente, a mais sólida democracia da América Latina. Me causa estranheza pedir o fortalecimento das instituições democráticas, mas, enfim, eu vou ler o documento. (...) Os senhores não representam o CNJ. Os senhores não representam a nação. São representantes de classe. Mas eu não vim para debater com os senhores. (...) O CNJ não necessita de apoio. (...) Os seus atos estão previstos na Constituição e nas leis.<sup>1</sup>*

JOAQUIM BARBOSA, Ministro-Presidente do STF e do CNJ no biênio 2012-2014, em reunião com Associações da Magistratura.

## **INTRODUÇÃO:**

### **REFORMA DO JUDICIÁRIO E O MODELO DE DESENVOLVIMENTO BRASILEIRO**

A Emenda Constitucional n. 45, aprovada em dezembro de 2004 (EC45/2004) foi responsável por transformações importantes no Judiciário brasileiro, ficando conhecida como *Reforma do Judiciário*. Sua tramitação no Congresso Nacional foi longa, tendo sido iniciada em 1992 (com a PEC 96) e concluída mais de uma década depois. Durante esse período, o projeto foi alterado diversas vezes, indicando a existência de interesses distintos que orbitaram a aprovação dessa Emenda à Constituição Federal. O resultado desse processo, entre outros, foi a introdução da possibilidade de edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal e o critério da repercussão geral. O controle do Poder Judiciário é fruto do mesmo processo, que introduziu o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em nosso ordenamento constitucional.

Os interesses que circundaram essas profundas alterações não eram restritos a determinadas associações de classe da magistratura, que abertamente defendiam suas posições corporativas. Literatura recente aponta o Supremo Tribunal Federal como diretamente interessado no desenho institucional do Judiciário, notadamente em seu novo órgão: o CNJ. O Conselho criado exerceria papel estratégico no autogoverno do Poder, pois teria papel central em seu gerenciamento. Isso se torna ainda mais relevante porque essa função vinha sendo exercida pelo próprio STF (CARVALHO; LEITÃO, 2013). O CNJ é um órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário. Não detém qualquer função jurisdicional, mas exerce função administrativa centralizada. Seu controle se exerce sobre a atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, além da fiscalização sobre os deveres funcionais dos seus membros (art. 103-B, § 4º da CF). O controle sobre os atos do CNJ, por sua vez, é exercido originariamente pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, “r” da CF).

Após um questionamento judicial sobre sua constitucionalidade, logo após sua criação,<sup>2</sup> o órgão acabou se firmando e hoje faz parte da realidade brasileira, organizando a atuação dos tribunais e de seus integrantes e trazendo à discussão as condutas desses na administração da Justiça.

A afirmação do ministro do STF Joaquim Barbosa, em 2013, de que o CNJ já está consolidado e que, por isso, não *necessita de apoio*, na paráfrase utilizada por ele e indicada no início desse artigo, podem ser reveladoras de outros pontos. As menções ao *Estado de Direito* e às *instituições democráticas* não são casuais. Elas podem ser entendidas como reflexo de um discurso muito falado e pouco refletido sobre *Rule of Law*, o qual teve influência na Reforma do Judiciário de 2004 e, por consequência, na criação do CNJ. Esse discurso é oriundo da visão teórica majoritária sobre reformas institucionais, que enxerga uma relação direta entre eficiência do Judiciário e desenvolvimento econômico, e tem uma agenda racionalizadora e centralizadora (CUNHA; ALMEIDA, 2012). Resta saber se esse entendimento teórico é pertinente para a compreensão da realidade brasileira.

Este artigo pretende testar a aplicabilidade dos discursos acadêmicos no campo do Direito e Desenvolvimento em uma faceta específica da Reforma do Judiciário: o controle disciplinar no Conselho Nacional de Justiça. De que forma o Direito e Desenvolvimento e os discursos que esse campo do direito organiza respondem à função sancionatória exercida pelo CNJ? Verificar a pertinência do Direito e Desenvolvimento aos debates concretos que circundaram a aprovação da EC 45/2004, no que diz respeito ao CNJ, é uma forma de demonstrar sua aderência ou não à realidade estudada. Nosso estudo, restrito à análise de um aspecto específico da Reforma do Judiciário, pretende ser um ponto de partida para a reflexão sobre a influência dos discursos acadêmicos que tratam de reformas institucionais, sobre a criação e formação do CNJ.

Primeiramente, iremos mapear as principais abordagens teóricas de Direito e Desenvolvimento, para, em seguida, focarmos na literatura sobre as reformas institucionais e a forma pela qual ela é capaz de nos fornecer subsídios para o entendimento da criação e do funcionamento do CNJ, enquanto órgão capaz de exercer controle disciplinar. Posteriormente, descreveremos as principais características do CNJ, com foco em seus aspectos de controle disciplinar. Após, testaremos os marcos teóricos dominantes à situação concreta do Conselho, de modo a examinar se eles são suficientes para compreender a realidade brasileira. Após constatar que essas abordagens não são suficientes, teceremos breves sugestões sobre como aliar abordagens teóricas de Direito e Desenvolvimento a situações concretas, considerando as relevantes variações locais, por vezes relegadas pelas teorias dominantes.

## I ABORDAGENS TEÓRICAS DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO E A REFORMA INSTITUCIONAL

### 1.1 AS ABORDAGENS DE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

O campo teórico que pode ser identificado por alguns como Direito e Desenvolvimento não possui linhas bem delimitadas – tão pouco é reconhecido de forma incontestante

pela literatura.<sup>3</sup> Este artigo, no entanto, não irá tratar dessa polêmica, mas partirá da premissa de que algum modelo de desenvolvimento – ou uma junção de elementos de diferentes modelos – inspirou as reformas empreendidas pela Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário. O objetivo deste artigo, como dito, será o de verificar a pertinência dos marcos teóricos dominantes em matéria de reformas institucionais para refletir sobre a melhor forma de se pensar a realidade brasileira. Primeiramente, apresentaremos um breve mapeamento das grandes abordagens da literatura específica.

Para essa descrição dos movimentos da literatura sobre Direito e Desenvolvimento será utilizada a tipologia da autora Mariana Mota Prado (2010). Para ela, há dois grandes grupos nos quais os autores estudados se inserem: *Law in Development*, segundo o qual o direito pode desempenhar um papel instrumental na busca por determinados objetivos; e *Law as Development*, que entende as reformas legais com o objetivo de estabelecimento do *Rule of Law* nos países como um fim em si mesmas.

Uma primeira Escola de Pensamento do *Law in Development* entendia que o papel do Estado seria central para a realização dos objetivos traçados. Nesses casos, o Estado interventor era defendido, e o direito poderia ser utilizado como um meio para sustentar essas atividades estatais. Pode-se denominar essa Escola de *law in the developmental state* (PRADO, 2010).

Uma segunda Escola, historicamente posterior à descrita, embora sob semelhante concepção acerca do papel do direito, ficou conhecida por seu pensamento orientado para o mercado. Essa Escola, que pode ser chamada de *law in the neoliberal state* (PRADO, 2010), defendia a intervenção mínima do Estado, de modo a assegurar um mais livre mercado.

No campo do *Law as Development*, vale recordar, há uma ideia segundo a qual o direito e, conseqüentemente, o modelo legal por ele gerado são um fim em si mesmos. O estabelecimento do *Rule of Law* pode ser considerado o objetivo de desenvolvimento.

Grande expoente desse campo foi Amartya Sen, que concebe o desenvolvimento de uma forma inovadora. O autor se contrapõe às teorias do desenvolvimento que atentam ao desenvolvimento econômico e relegam ao segundo plano outras variáveis relevantes que deveriam compor um conceito mais adequado e completo de desenvolvimento. Sua linha teórica é a do Desenvolvimento como liberdade (SEN, 2000a).

A grande dicotomia levantada pelo autor é a *liberdade*, de um lado, e a *privação*, de outro. A sociedade orientada para o mercado pode gerar exclusão (ou privação) para determinados setores. Sua teoria não nega a lógica de mercado, mas procura conciliar sua existência com a expansão das liberdades das pessoas, sendo essa a forma de atingir o desenvolvimento. As liberdades, que são de várias ordens (econômica, social, política) e interligadas, são apresentadas como os mais relevantes fins do desenvolvimento ao mesmo tempo em que são os mais relevantes meios para ele (SEN, 2000a).

Outra forma de pensar, que não se opõe à exposta anteriormente, foi difundida com a chamada *institutional perspective on development* (PRADO, 2010). Essa perspectiva teórica entende que pessoas nas diferentes sociedades respondem a incentivos, os quais são criados pelas instituições. A melhora de instituições que não funcionam, ou que são de alguma forma disfuncionais, levaria ao desenvolvimento. Desse movimento surge a máxima sustentada por relevante parcela da literatura – e encampada em muitas das ações de órgãos multilaterais desde então –, segundo a qual *institutions matter*.

Um dos autores reconhecidos como fundador dessa discussão é Douglas North. Segundo ele, as *instituições*<sup>4</sup> são responsáveis por guiar o comportamento humano. Sua existência reduz as incertezas, pois elas operam de forma contínua em qualquer sociedade. Não são necessariamente eficientes, mas são estáveis, e essa característica explica sua influência nas interações humanas. Essas *regras do jogo* são tanto formais quanto informais, o que pode ser extraído de qualquer sociedade conhecida que opera segundo ambos os tipos de regras de forma conjunta (NORTH, 1990).

A mudança institucional que leva a um conjunto de instituições funcionais não é simples. Cada sociedade tem sua história, e escolhas feitas no passado influenciam as possibilidades futuras. Instituições, mesmo as disfuncionais, têm a capacidade de *self-reinforcing*, o que dificulta um processo de mudança. North (1990) denomina esse fenômeno de *path dependence*, que é o contínuo peso exercido pelas escolhas passadas nas futuras. Explicando,

*at every step along the way there were choices – political and economic – that provided real alternatives. Path dependence is a way to narrow conceptually the choice set and link decision making through time. It is not a story of inevitability in which the past neatly predicts the future* (NORTH, 1990, p. 98 e 99).

## 1.2 REFORMAS INSTITUCIONAIS: O *RULE OF LAW* E SUAS CRÍTICAS

A abordagem institucional dominante no Direito e Desenvolvimento, quando levada à prática, frequentemente define reformas no Poder Judiciário como ações primordiais para o desenvolvimento econômico de uma dada sociedade. Essas iniciativas buscam o estabelecimento do *Rule of Law* nas mais diferentes realidades.

O conceito de *Rule of Law* não é uno. Nem mesmo nas agências internacionais, que o adotam e propagandeiam a sua adoção pelos mais diferentes países, há uma delimitação mais concreta do significado da expressão. Isso a aproxima de uma *colcha de retalhos*<sup>5</sup> (CUNHA, 2011), utilizada para agasalhar os mais diferentes parâmetros.

Tipicamente, podemos dizer que esse receituário prega o estabelecimento de um sistema legal nos moldes daqueles existentes em países ricos, sendo garantidos, especialmente, os direitos de propriedade e o *enforcement* de contratos. A busca por eficiência e segurança jurídica está por trás desse pensamento, principalmente em sua relação com o Judiciário.

O já mencionado Douglas North é um autor identificado com a agenda do *Rule of Law*. Para ele, as instituições em uma dada sociedade são centrais para a compreensão dos processos internos a ela, notadamente sua *performance* econômica. A teoria construída pelo autor procura demonstrar que as mudanças institucionais – substituindo arranjos disfuncionais por funcionais – são o motor para o desenvolvimento econômico. Para explicar as diferenças notáveis entre os países ricos e pobres, o autor menciona a existência do *path dependence* e de custos de transação e transformação, o que pode dificultar esse virtuoso processo de mudança (NORTH, 1990).

Amartya Sen poderia ser qualificado como um autor alinhado à agenda do *Rule of Law*, nos termos descritos neste artigo. Apesar de sua noção de desenvolvimento como liberdade poder ser tida como mais eclética, por não contemplar apenas o crescimento econômico mas uma forma de desenvolvimento mais ampla, muitas de suas ideias se coadunam com o pensamento dominante acerca da relação entre reformas legais e judiciais e desenvolvimento econômico.

As reformas empreendidas não poderiam levar em conta apenas uma variável, seja qual for – econômica, política, social. As reformas devem ser guiadas por uma ideia de todo, e não segundo uma concepção de reformas localizadas e isoladas (SEN, 2000b). Dentro dessa noção *abrangente* de desenvolvimento, as reformas legais seriam uma parte essencial do todo. Nas palavras do autor, “*development has a strong association of meanings that makes a basic level of legality and judicial attainment a constitutive part of it*” (SEN, 2000b, p. 9).

Esse pensamento, dominante, reforça a crença segundo a qual a *performance* econômica é influenciada por elementos não econômicos. O autor resgata as origens do capitalismo ocidental para afirmar que arranjos legais propiciaram o desenvolvimento econômico de então. São as relações entre as mais diferentes instituições as responsáveis por um desenvolvimento satisfatório (SEN, 2000b).

Apesar de diferenças que particularizam seus autores, podemos identificar nessa forma de pensamento a ideia de *modernização* dos países subdesenvolvidos. Esse processo é muitas vezes identificado com reformas legais, que ajustariam esses países ao caminho do desenvolvimento. O transplante de modelos funcionais de países ricos foi e é uma alternativa existente e relevante. Por todos, podemos mencionar um autor norte-americano que entende que esse processo é desejável. Nas suas palavras: “*one approach might be to establish a law reform commission to rationalize, unify and modernize national laws, borrowing whenever possible from established foreign models*” (POSNER, 1998, p. 6, grifo nosso).

Essa construção demonstra uma noção clara de que o caminho para o desenvolvimento institucional de um país está na mimetização dos passos dados pelos países hoje desenvolvidos. Por mais que o próprio autor reconheça a necessidade de participação de atores locais para a realização das reformas, o fato da menção à necessidade de *adaptar* normas estrangeiras demonstra muito do que se pensa sobre desenvolvimento próprio.

Ressalvas como as realizadas por um autor típico do pensamento dominante do *Rule of Law* são fruto da influência de uma literatura alternativa que vem ganhando corpo no campo do Direito e Desenvolvimento. De forma geral, esses autores, por meios distintos, vêm defendendo que a abordagem predominante pode conter problemas. A proteção de direitos de propriedade e o *enforcement* dos contratos, realizados em grande medida pelo Poder Judiciário como condicionantes necessárias para o desenvolvimento econômico, podem não ser sempre verdadeiras.

Critica-se, em suma, a predeterminação do caminho, como se houvesse uma fórmula a ser seguida para o desenvolvimento. Essa abordagem prevalecente e criticada por novos estudiosos, também chamada de *endowment perspective*, é assim explicada (MILHAULT; PISTOR, 2008, p. 17-18):

*(...) it treats a legal system as if it were like a highway or a dam – a fixed investment that must be built before economic development can take off but than once in place determines the path of development without itself being subject to change.*

A ideia de mero transplante de sistema legal é colocada em xeque. Outros fatores são levados em consideração. Mais do que isso, outros modelos de desenvolvimento começam a apresentar resultados pelo mundo, sendo exemplares os casos dos países asiáticos, notadamente o da China (OHNESORGE, 2006). Como explicar o seu desenvolvimento econômico praticamente à margem de um sistema legal-ocidental ou, em outros termos, do *Rule of Law*?

Esses questionamentos e críticas têm ganhado força. A abordagem institucional já tida como grande solução para o problema do desenvolvimento dos países pobres está longe de ser consensual. Ou seja, a “universalização de um conjunto de instituições ‘corretas’ (*getting the institutions right*) (...) desenhadas como uma espécie de dispositivos pré-moldados, aptos a serem aplicados nos mais diversos modelos de economia e sociedade (*reformas one size fits all*)” não levou aos resultados esperados pelos seus principais formuladores de políticas (SCHAPIRO; TRUBEK, 2012, p. 40). Isso aumenta a desconfiança sobre a funcionalidade de tais reformas.

Há quem questione estruturalmente a necessidade de determinadas reformas. Thomas Carothers (2006) afirma que a escolha por reformas no Poder Judiciário não é necessariamente baseada em motivações mais acuradas; pode ser atribuída à própria experiência de vida dos reformadores – em geral, advogados, que enxergam na ineficiência do Judiciário um grande problema para o desenvolvimento de um país.

O autor sugere que a resposta pode estar em estruturas mais relevantes para o desenvolvimento de um país. Sugere, por exemplo, que o Judiciário exerce um papel mais tardio, sendo que maior importância pode ser atribuída à atividade legislativa. *“Yet for the last ten to fifteen years, rule-of-law programs have given dominant attention to*

*judiciaries, without much examination of whether such a focus is really the right one*” (CAROTHERS, 2006, p. 20). Por essas razões, são questionadas práticas como *institutional checklists*, que pressupõem mudanças “corretas” para os países em geral.

Apesar das críticas, as reformas institucionais empreendidas em países subdesenvolvidos ainda são embasadas pelo corpo teórico dominante. A crença de que mudanças institucionais levam ao desenvolvimento econômico inspira países e pauta programas de agências multilaterais, notadamente o Banco Mundial. Resta saber se essas noções teóricas auxiliam a resolução de problemas concretos enfrentados por países que se engajam em reformas institucionais.

## **2 O CONTROLE DISCIPLINAR NO CNJ**

### **2.1 ORIGENS E PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS**

O Brasil passou recentemente pela Reforma do Judiciário. Essa grande mudança constitucional, realizada há menos de dez anos, traz diferentes interpretações sobre seus resultados. Na literatura sobre Direito e Desenvolvimento, podemos destacar recente publicação que se debruçou em entender os sentidos dessas mudanças:

Já a proposta aprovada em 2004, criou um conjunto de instrumentos judiciais que centralizaram a tomada de decisões no Judiciário, ao mesmo tempo que exigiu que ele fosse responsivo e transparente na prestação de um serviço de qualidade em termos de custos, tempo e capacidade técnica, produzindo decisões racionais e coerentes. Essa agenda “centralizadora e racionalizadora” da atividade judicial foi resultado de discursos que indicavam os impactos negativos do Poder Judiciário sobre a atividade econômica, principalmente no que diz respeito à morosidade no processamento dos casos e à falta de coordenação e padronização administrativa e jurisprudencial do Poder Judiciário (CUNHA; ALMEIDA, 2012, p. 365)

Segundo os autores, portanto, a Reforma do Judiciário como um todo, ao contrário do que se previa em seu projeto original do início dos anos 1990, privilegiou agendas típicas do *Rule of Law*. O Conselho Nacional de Justiça, instrumento de controle externo do Poder Judiciário, também está inserido nessas reformas. Mas podemos nos questionar: o CNJ cumpre funções semelhantes à Reforma entendida como um todo ou ele guarda particularidades relevantes? O receituário dominante consegue dar respostas aos principais questionamentos existentes quando da criação do órgão?

A ideia de um controle externo ao Poder Judiciário não é genuinamente nacional. Há experiências prévias, relevantes e que provavelmente inspiraram a nossa na

Europa do Sul (Itália, Portugal e Espanha). Em cada um dos países em que foi criado, o Conselho procurou combater as deficiências dos Judiciários locais, com maior ou menor sucesso (CARVALHO, 2006).

No Brasil, o CNJ nasce como um órgão administrativo de cúpula com vistas a controlar um Poder que, na famosa frase do ex-presidente Lula da Silva, era uma “caixa-preta”. Houve, como poderia se esperar, resistência de setores da magistratura, em especial de segundo grau e de tribunais superiores, pois “(...) apesar de existir uma retórica democrática nas diversas instituições judiciárias brasileiras, é muito baixo o apoio dos juízes a uma instituição de controle administrativo da justiça composta por membros estranhos à magistratura” (CARVALHO, 2006, p. 107).

A existência de uma retórica democrática é destacável. Isso porque essa é uma constante que pode ser observada ainda hoje. No caso envolvendo as Associações de Magistrados e o atual Presidente do STF e do CNJ, é notável a presença de um discurso democrático, de ambos os lados. No plano do discurso, um mesmo ideal é levantado por lados opostos em questões concretas. Veremos que, no plano dos trabalhos teóricos, discursos similares são invocados para justificar políticas discrepantes.

Não só a atividade que seria exercida por um Conselho de Justiça causava resistência. Talvez em grau ainda mais elevado, a própria composição do órgão era objeto de ferrenha oposição. É notável, na tabela seguinte, a menor simpatia pelo CNJ composto por membros externos do Poder Judiciário, por parte de juízes de carreira.

TABELA 1 – OPINIÃO DE MAGISTRADOS SOBRE PROPOSTAS DE REFORMA DO JUDICIÁRIO (EM %)

PROPOSTAS	FAVORÁVEL	IRRELEVANTE	CONTRA	N.S. / N.R.
CRIAR O CNJ	39,0	21,0	25,5	14,5
CNJ: COMPOSTO POR MEMBROS DO JUDICIÁRIO	48,5	19,0	16,5	16,0
CNJ: INCLUINDO MEMBROS EXTERNOS AO JUDICIÁRIO	20,0	14,0	47,0	19,0

**Fonte:** SADEK, 2001b. Tabela fruto de pesquisa realizada no ano 2000 com 738 juízes, de primeiro e segundo graus, das Justiças Estadual, Federal e do Trabalho, de 12 unidades federativas.

A composição causava resistência por alguma razão. Entendemos que a atividade de controle disciplinar exercia influência bastante grande nesse aspecto. Isso porque dos três grandes pontos questionados por esses setores que se opunham à criação do CNJ, dois tinham relação direta com a matéria correccional, e o outro, indireta. Os três principais pontos da discórdia (CARVALHO, 2006) relativa à presença de conselheiros *não juízes* seriam:

- 1) Falta de conhecimento específico sobre o funcionamento da justiça;
- 2) Existência de um forte controle interno exercido pelos tribunais;
- 3) Flagrante perigo à independência judicial.<sup>6</sup>

Esses pontos serão explorados à luz dos marcos teóricos traçados até então. Por ora, vale lembrar que saiu vencedora a tese sustentada pelo Governo Federal à época, de um Conselho de Justiça eclético, com membros externos à magistratura. A EC 45/2004 criou o já referido artigo 103-B de nossa Constituição, para a função de *controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes*. Para tanto, o desenho institucional ficou da seguinte forma: nove *conselheiros juízes*, oriundos da magistratura, e seis *conselheiros não juízes*, oriundos da advocacia, do Ministério Público (MP) e da sociedade civil. Essa classificação se refere à função exercida pela pessoa quando de sua nomeação. Fazemos essa ressalva porque é possível que algum membro escolhido da segunda instância tenha origem no quinto constitucional ou, ainda, tenha outra origem, quando escolhido de tribunais superiores.

Apesar da composição com grau de exterioridade de 40% (CARVALHO, 2006), podemos observar uma notável proeminência dos *conselheiros juízes*. Não à toa, os dois cargos mais relevantes são ocupados por membros de Tribunais Superiores: a Presidência, pelo Ministro-Presidente do STF, e a Corregedoria Nacional de Justiça, pelo representante do STJ. Isso indica que, apesar de termos uma participação relevante dos *conselheiros não juízes*, as funções primordiais do CNJ estão nas mãos de membros da própria magistratura.

O Conselho Nacional de Justiça realiza suas funções com essa composição. Mesmo em meio a tantos conflitos entre Poderes, a função correicional chama a atenção. O CNJ tem, realmente, exercido seu papel de controle disciplinar da magistratura. E o faz de forma a iluminar com publicidade a até então “caixa-preta”: há intensa exposição dos membros do Poder Judiciário, com a divulgação completa do nome dos magistrados frente à suspeita de cometimento de infração disciplinar, bem como julgamentos sendo transmitidos ao vivo por meio do portal eletrônico do Conselho. A punição aos membros desse Poder se dá aos olhos de qualquer cidadão. Esse quadro é novo para um Poder que, até pouco tempo, era controlado ordinariamente por seus pares – e que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, não conhecia uma fiscalização substancial exercida sobre desembargadores (TOMIO; ROBL FILHO, 2013).

Os mecanismos de transparência ativa do Conselho Nacional de Justiça têm sido aprimorados nos últimos anos. A divulgação de salários de magistrados e a organização dos processos disciplinares envolvendo magistrados da maior parte dos Tribunais do país são alguns exemplos. Precisáramos saber se os cidadãos se sentem agasalhados

pelo CNJ, ou seja, se ele é poroso à participação e envolvimento da sociedade civil em suas mais distintas funções.

A atividade disciplinar do CNJ tem, todavia, seus limites. Há diagnósticos de que muitos de seus resultados recentes tenham se dado pela liderança pessoal da ex-Corregedora Nacional de Justiça Eliana Calmon ou, ainda, que mesmo a mais severa sanção aplicada a um juiz vitalício seja a tímida aposentadoria compulsória (LASSANCE, SÁ E SILVA, 2013). Havia previsão, na redação final da PEC 96/1992, de punição mais rigorosa, isto é, a perda do cargo de magistrado aplicada pelo CNJ por meio do voto de três quintos de seus membros. Sua não aprovação, para alguns, resulta em perda de *accountability* judicial (TOMIO; ROBL FILHO, 2013). Mesmo assim, é difícil negar os avanços em termos de controle, que são fruto da Reforma.

Descrevemos, brevemente, alguns resultados da criação do Conselho Nacional de Justiça. Neste momento, passaremos à análise da contribuição da literatura sobre Direito e Desenvolvimento para esse quadro. Buscaremos entender em que medida as concepções dominantes puderam contribuir para a forma como se organizou o Conselho, de forma a construir um diagnóstico crítico sobre sua pertinência à realidade brasileira.

## 2.2 COMO OS MARCOS TEÓRICOS DOMINANTES RESPONDERAM ÀS DEMANDAS CONCRETAS?

As noções teóricas vistas até agora conseguem responder às principais discórdias localizadas na experiência brasileira? O objetivo, neste momento, é o de verificar se a literatura sobre reformas institucionais, dominante no campo do Direito e Desenvolvimento, consegue responder minimamente aos problemas locais, às situações concretas ocorridas em um país também alimentado pelo receituário do *Rule of Law*. Esse exercício poderá verificar, em um caso concreto e sob determinadas variáveis, o alcance de marcos teóricos influentes, a fim de avaliar se eles se aplicam à realidade específica de um país em desenvolvimento ou se, ao contrário, são identificados a uma noção *one size fits all* menos responsiva às peculiaridades locais.

A escolha metodológica das variáveis locais recaiu sobre os três principais pontos de discórdia levantados por setores da magistratura, relativos à existência de *conselheiros não juizes* no Conselho Nacional de Justiça (CARVALHO, 2006). Os problemas apontados foram: falta de conhecimento específico sobre o funcionamento da justiça; existência de forte controle interno exercido pelos tribunais; flagrante perigo à independência judicial. A escolha se deve à existência e relevância desses questionamentos na experiência prática brasileira.

Analisaremos cada um dos três pontos para verificar a pertinência das noções teóricas aplicadas aos casos concretos.

### FALTA DE CONHECIMENTO ESPECÍFICO SOBRE O FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA

Identificamos esse argumento como uma alegação tipicamente corporativista. É evidente

que os membros de um determinado Poder da República têm um conhecimento considerável das mais específicas nuances do seu funcionamento. Porém, utilizar-se dessa condição para barrar a participação de membros externos ao Poder Judiciário é um argumento corporativo. Ainda mais porque os seis conselheiros não juizes são membros da advocacia, do MP e da sociedade civil com notável saber jurídico, o que indica conhecimento de nosso sistema de justiça (CARVALHO, 2006).

A produção teórica na literatura estudada não identifica esse tipo de questão. A reforma do Poder Judiciário, em uma chave que leva em conta a maior eficiência da prestação jurisdicional, não considera a questão corporativa. Longe de ser uma variável marginal, a postura de determinados setores da magistratura brasileira foi central nas discussões em torno do Projeto de Emenda Constitucional (e ainda é). A oposição à consolidação do Conselho Nacional de Justiça como órgão administrativo de cúpula do Poder Judiciário é constantemente posta em xeque, principalmente pelas associações de classe.<sup>7</sup> A existência de um Poder fechado, com plano de carreira rígido e ligado a uma noção de hierarquia, não é característica do Brasil, mas de boa parte dos países da América Latina (THOME, 2000).

As associações de classe da magistratura se manifestaram durante a tramitação da PEC 96/1992, demonstrando suas principais insatisfações (SADEK, 2001a). Também tiveram influência após a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004, quando, no primeiro ano de funcionamento do CNJ, propuseram uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3.367/2005) questionando a existência e a composição do órgão. Por maioria de votos, ela foi declarada improcedente. Porém, a iniciativa demonstra a relevância desse aspecto na realidade brasileira, algo que não é discutido profundamente pela literatura dominante de *Rule of Law*.

#### EXISTÊNCIA DE UM FORTE CONTROLE INTERNO EXERCIDO PELOS TRIBUNAIS

Trata-se, nesse caso, de uma questão federativa. De um lado, uma Reforma que propunha a centralização de diversas atribuições do Poder Judiciário – de que é grande exemplo a súmula vinculante e, no que interessa diretamente ao objeto do estudo, o controle disciplinar pelo Conselho Nacional de Justiça. De outro, setores da magistratura que entendiam que já havia um controle adequado por parte dos Tribunais, exercido de forma local, e que não haveria necessidade de um órgão central para exercer essa mesma função.

Novamente, uma associação de classe propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4.638/2012) questionando dispositivos da Resolução 135/2011 do CNJ que unifica a matéria disciplinar aplicável aos magistrados. Questionava-se, no fundo, a competência do CNJ em normatizar de forma nacional o processo aplicável aos magistrados. Apesar de o questionamento formal ter sido rechaçado no STF, o julgamento do dispositivo que de forma mais evidente expunha essa questão federativa foi decidido pela maioria mínima de votos: cinco ministros foram favoráveis à competência

concorrente do CNJ, e quatro ministros, de forma diversa, entenderam ser a competência subsidiária, podendo ser exercida somente após a apreciação local.

A questão federativa, a constante tensão entre poder central e poder local não é algo discutido pela literatura dominante. O movimento de centralização e descentralização administrativa não é tocado pelas noções teóricas em comento. Na história brasileira, esse caminho importa muito e, nos termos de North (1990), é fonte de um *path dependence* que gera cisões até hoje. Uma questão dessa relevância pode ser extraída da literatura de forma colateral e indireta.

Além disso, devemos mencionar a disparidade de opiniões dentro da magistratura, que possivelmente reflete uma situação externa e bastante peculiar à realidade brasileira. A maior oposição às reformas foi localizada no topo da magistratura, notadamente nos membros de Tribunais. Isso pode refletir a ineficiência do controle existente até então sobre os desembargadores (CARVALHO, 2006).

#### FLAGRANTE PERIGO À INDEPENDÊNCIA JUDICIAL

O controle do Judiciário pode esbarrar na menor independência dele. Em outras palavras, a competência disciplinar poderia adentrar na atividade jurisdicional exercida pelos magistrados e, em decorrência disso, afetar a independência em seus julgamentos, vez que o juiz deve ter compromisso com sua livre convicção e não cogitar da possibilidade de ser punido por conta de posturas nos autos de processos. O temor da punição poderia afetar o melhor desempenho da função.

O tema é discutido desde os primeiros anos do debate legislativo (SADEK, 2001a), principalmente por conta da desconfiança do controle externo sobre a magistratura. A literatura identificada com o *Rule of Law*, nesse ponto, traz grandes contribuições. Não é incomum o discurso da garantia da independência do Poder Judiciário, o que traria ganhos à eficiência da prestação jurisdicional e, ainda, maior desenvolvimento econômico. Muitas das políticas de órgãos multilaterais, que bebem dessa mesma fonte teórica, defendem a independência judicial como um valor central para o desenvolvimento dos países em que o Poder atua. Nesse sentido, é inegável a contribuição desses marcos teóricos dominantes à reflexão sobre um modelo de reforma judicial, respondendo às questões locais.

A solução institucional encontrada para equilibrar a existência de um Conselho independente com mecanismos de controle, de modo a tranquilizar setores que temiam uma atuação irrefreável do CNJ, foi o controle judicial. Conforme já mencionado, o Supremo Tribunal Federal é o responsável por essa missão constitucional, sendo o competente originário em processos que envolvam o Conselho. Resta saber se essa solução tem funcionado a contento.

### 2.3 ESTABELECENDO DIFERENCIAÇÕES TEÓRICAS

Não há uma necessária confluência de sentidos em reformas propostas por *global actors*

e *domestic actors* (THOME, 2000). Os primeiros são identificados com as agências multilaterais, notadamente o Banco Mundial, com concepções de *Rule of Law* descritas anteriormente; os segundos constituem um grupo mais difuso, sem uma identificação teórica tão clara.

Por mais que as agências multilaterais venham – ao menos no plano do discurso – adequando-se às especificidades *locais* e por mais que muitos atores locais tenham ligação com posturas *globais*, as diferenças entre essas abordagens devem ser destacadas. Partem de premissas distintas e podem apontar para soluções diversas. Ou, como visto, podem simplesmente não tocar em situações que constituam relevantes problemáticas locais, centrais a uma reforma do Judiciário aderente à realidade. Como salienta um autor crítico à importação de modelos:

*None (...) is to deny that judiciary and legal processes in Latin America do not need substantial improvement. Their inadequacies and problems have been well-documented. But there are clear risks in using models from the North to fix the legal “insufficiencies” without due regard to the particular needs and contexts of the Southern “receiving” societies* (THOME, 2000, p. 701).

Além de muitas vezes não responder adequadamente às particularidades locais, essa literatura dominante insiste na relação causal entre Reforma do Judiciário e crescimento econômico. Um eficiente órgão de controle externo do Poder Judiciário dificilmente poderia apontar para um melhor desenvolvimento econômico de um país. Ao menos seria difícil demonstrar essa relação causal. Ainda assim, são recorrentes as teses segundo as quais um Poder Judiciário mais eficiente gera crescimento econômico.

Há pouco material empírico para provar tal assertiva (THOME, 2000). Talvez estejamos nos focando na pergunta errada, que, inclusive, carrega desafios metodológicos grandes, vez que é impossível isolar a variável da reforma institucional, o que torna duvidosa a afirmação de que as mudanças – para melhor ou para pior – foram causadas pelas novas instituições (PRZEWORSKI, 2004).

Variáveis mais tangíveis poderiam ser identificadas, de modo a qualificar as discussões e conseguir resultados palpáveis. Buscaremos, no próximo tópico, lançar algumas ideias sobre contribuições que ainda não foram dadas pela literatura sobre Direito e Desenvolvimento ao Conselho Nacional de Justiça, em particular, e às reformas institucionais, em geral, para que possamos pensar em diagnósticos de realidade alternativos, que tomem por base avaliações empíricas consistentes.

#### **2.4 COMO A TEORIA PODERIA CONTRIBUIR PARA A REFLEXÃO SOBRE O CNJ?**

*(...) what should be the response of global agencies and other actors involved in legal reform? At the risk of being simplistic, I would suggest looking back before*

*heading South, and once heading South, looking South.* (THOME, 2000, p.710)

Explicaremos, brevemente, como entendemos que podem ser as contribuições da literatura sobre Direito e Desenvolvimento para a reflexão sobre reformas institucionais no Brasil. Para tanto, levantaremos alguns temas que foram tocados ao longo deste artigo e que mereceriam aprofundamento da academia.

A composição do CNJ foi decidida em meio a grandes discussões. Os diferentes relatores da PEC 96/1992, bem como os setores chamados a se manifestar durante a tramitação, apresentaram propostas distintas sobre a composição ideal do Conselho (SADEK, 2001a). As discussões sobre o tema não podem mais se basear exclusivamente em opiniões sobre o que funcionaria melhor em um Conselho.

Com quase dez anos de funcionamento, é tempo para investigações empíricas sobre como vem se comportando o CNJ. Como decidem os conselheiros oriundos de diferentes carreiras? A origem de carreira é uma variável relevante para ser considerada? Como têm se mostrado as funções centrais – de Presidente e de Corregedor Nacional de Justiça – do CNJ? São infladas? Temos a hipótese de que as carreiras dos conselheiros importam, tanto por isso que houve intenso debate à época da escolha de sua composição. Uma composição mais equilibrada entre conselheiros juízes e não juízes poderia ser pensada, até porque as funções centrais já são exercidas por membros do Judiciário. A influência desses atores tem sido destacada na literatura (LASSANCE; SÁ E SILVA, 2013; CARVALHO; LEITÃO, 2013).

O temor de que as decisões de controle disciplinar poderiam adentrar em matéria jurisdicional é legítimo e tem sido levantado desde as primeiras discussões sobre um Conselho de Justiça. A Constituição Federal foi taxativa, impedindo tal hipótese. A normatização constitucional foi suficiente para garantir a independência da magistratura no exercício da sua função jurisdicional? Os magistrados têm recorrido de decisões do CNJ por esse motivo? É possível fazer algum diagnóstico sobre esse tema? Apesar dos magistrados muitas vezes recorrerem de sanções aplicadas, temos a hipótese de que a independência da magistratura tem sido respeitada. A ausência de questionamentos significativos por parte de suas associações de classe pode ser um indício da correção dessa leitura.

Neste ponto, poderíamos voltar novamente às declarações do atual Presidente do STF e do CNJ. Ele afirma que, por estar o Conselho previsto na Constituição e nas leis, não precisaria de nenhum apoio. Isso é realmente verdade? O CNJ é tão independente assim em sua atuação? Acreditamos, para ambas as questões, que não.

A transparência promovida pelo Conselho Nacional de Justiça, que se espalhou pelo Poder Judiciário, é notável. Podemos dizer que os mecanismos de transparência ativa têm mostrado resultado. Porém, é difícil negar que, para além da participação e apoio dos demais órgãos do Poder Judiciário, a participação da sociedade ou a porosidade a suas demandas têm se mostrado essenciais. Podemos dizer que o Conselho é poroso à

participação da sociedade? Os cidadãos se sentem agasalhados pelo CNJ de forma a recorrer a ele em caso de (suspeita de) desvio funcional por parte de um magistrado?

Há pesquisas sobre a maior participação da sociedade em matéria normativa (ROSLHO, 2011), mas poderíamos nos questionar se ocorre algo semelhante em matéria de controle disciplinar. Iniciativas semelhantes ao Índice de Percepção das Leis no Brasil (IPCL) poderiam incluir o Conselho Nacional de Justiça, de forma a verificar como (ou se) a população percebe esse órgão. A hipótese é de que, ainda, o órgão não é bem conhecido pelos cidadãos brasileiros. Seria importante, por isso, que o CNJ se fizesse notar na sociedade como um todo, com maior divulgação de seu trabalho.

Outro tema, já mais estudado mas nunca esgotado por conta de sua relevância e dinamicidade, é a relação entre o Conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Ele dialoga com as declarações do Ministro Joaquim Barbosa na medida em que a atuação do CNJ é *tutelada* pelo STF (CARVALHO, 2006, p. 109). O STF é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, o qual o CNJ integra, e guarda da Constituição Federal. Essa construção teórico-normativa já oferece indícios para pensarmos em uma dependência do CNJ, sempre controlado pelo STF. O campo prático oferece ainda mais exemplos.

Em um já mencionado caso recente, podemos ter um diagnóstico ainda mais esclarecedor acerca da relação entre o STF e o CNJ. Trata-se da Medida Cautelar da ADI 4.638/DF, julgada pelo STF. O objeto da ação foi a Resolução 135/2011 do CNJ, que disciplina o procedimento administrativo disciplinar no âmbito do Conselho. Uma Associação de Magistrados (a Associação de Magistrados Brasileiros – AMB) questionou uma série de dispositivos normativos, alegando, de forma geral, desrespeito às garantias dos magistrados e à separação de Poderes.

O poder correccional do CNJ, ao final, foi respaldado pelo STF. Mas e se a Corte Suprema decidisse de forma distinta? E se, em decisão definitiva de mérito, a resposta for outra? Esse exemplo demonstra com clareza o fato de que a atuação do CNJ se apoiou e ainda se apoia no Supremo. O sinal foi positivo para o Conselho, a exemplo do que havia ocorrido na também já descrita ADI 3.367/DF. Porém, isso não enfraquece o argumento de que o funcionamento de nosso Conselho depende diretamente do órgão de cúpula do Poder Judiciário. Esse desenho institucional é adequado? Como ele responde aos casos disciplinares? O STF reverte as decisões do Conselho? São necessárias pesquisas empíricas para avaliar como tem se dado a tutela do STF às decisões disciplinares do CNJ, isto é, se são mantidas ou revistas. A hipótese é de que são, em sua maioria, mantidas. A revisão de um grande número de decisões do Conselho, inclusive, redundaria em um enfraquecimento do órgão.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo buscou descrever como a literatura dominante sobre Direito e Desenvolvimento entende as reformas institucionais – com foco em um caso específico: o

controle disciplinar da magistratura brasileira. A partir principalmente das ideias de Douglas North e Amartya Sen, traçamos um quadro descritivo desses autores identificados com o que se convencionou chamar de *Rule of Law*, que seriam características necessárias a uma sociedade que busca o desenvolvimento. Esse receituário, adotado hodiernamente por agências multilaterais, pauta-se na premissa de que reformas no Poder Judiciário que o tornem mais eficiente constituem incentivos ao crescimento econômico.

Algumas correntes críticas do Direito e Desenvolvimento discordam desses diagnósticos atrelados ao *Rule of Law*. Essas premissas passam a ser questionadas, sendo central a crítica de que não há elementos empíricos que demonstrem a relação entre eficiência do Poder Judiciário e desenvolvimento econômico de um país. São frequentemente mencionados os exemplos asiáticos que, com arranjos institucionais diferentes dos ocidentais, têm apresentado os maiores índices de crescimento econômico do mundo.

Diante desse quadro, procuramos testar os principais marcos teóricos identificados com o *Rule of Law* em face de um caso concreto brasileiro: o controle disciplinar no CNJ. A escolha metodológica recaiu sobre os três principais questionamentos sobre a criação do Conselho à época de sua tramitação. Da análise desses pontos, conclui-se que a abordagem teórica majoritária não consegue responder à maior parte das problemáticas surgidas em torno do CNJ, principalmente quando os questionamentos são sobre características peculiares da realidade brasileira, perceptíveis apenas por quem se debruce sobre esse país especificamente. Para matérias menos específicas, como a independência judicial, as teorias dominantes podem contribuir para relevantes reflexões sobre reformas institucionais.

Pelo caminho percorrido neste artigo, de descrição da inadequação de determinados postulados teóricos ao controle disciplinar exercido pelo Conselho Nacional de Justiça, podemos afirmar que é necessária a existência de pesquisas efetivamente aderentes à nossa realidade. São somente essas as capazes de refletir qualificadamente sobre as tantas questões que envolvem a Reforma do Judiciário. Há muitos temas latentes que demandam pesquisas qualificadas e específicas, conforme sugerimos. Entendemos que o estudo das instituições no campo de Direito e Desenvolvimento, que volta a ser relevante neste momento histórico, deve abarcar trabalhos acadêmicos questionadores, que não aceitem as premissas postas e procurem respostas satisfatórias e aderentes à realidade estudada, o que é feito por pesquisas que se preocupam em considerar as relevantes peculiaridades locais. Se o CNJ tem um papel já proeminente hoje, pode ter sua atuação ainda mais qualificada se a academia auxiliá-lo na difícil tarefa de constantemente (re)pensar as instituições postas.

NOTAS

1 Trechos de palavras proferidas pelo Ministro Joaquim Barbosa em reunião com Associações da Magistratura ocorrida em 08 de abril de 2013, segundo o relato de Frederico Vasconcelos, articulista da Folha de S. Paulo, em sua *blog*: <<http://blogdofred.blogfolha.uol.com.br/2013/04/08/dialogo-dificil-na-primeira-audiencia-concedida-por-joaquim-barbosa-as-associacoes-de-juizes/>>. Acesso em: 17 abr. 2013.

2 Faz-se referência à Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.367/2005, apreciada pelo Plenário do STF. Nessa ação, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) questionou, entre outros pontos menos relevantes para o objeto da pesquisa, o fato de a composição do Conselho não ser adstrita a magistrados e o fato de um controle sobre as atividades funcionais dos magistrados influenciar o exercício da jurisdição. Ela foi julgada totalmente improcedente pela maioria dos membros do Plenário.

3 Tratam-se de estudos que dialogam, embora apresentem consideráveis diferenças. Mariana Mota Prado (2011, p. 20) resume bem a questão: “*in sum, Law & Development scholars do not adopt one single concept of development, may disagree on the relationship between law and development, do not adopt one single methodology in their studies. (...) Without an answer to the three problems identified above, one is left without the answer to the quest for a solution to end world poverty. And until the answer is found, Law & Development scholars will continue searching, being open to anything that may be potentially useful to ensure that every individual can choose to live the life that they have reason to value.*”

4 O conceito é assim definido: “*institutions are the rules of the game in a society or, more formally, are the human devised constraints that shape human interaction. In consequence they structure incentives in human exchange, whether political, social or economic. Institutional change shapes the way societies evolve through time and hence is the key to understanding historical change*” (NORTH, 1990, p. 3).

5 Esse termo é utilizado pelo fato de na agenda das agências internacionais serem utilizadas para avaliar a presença de *Rule of Law* “nada menos que 57 variáveis, que vão desde a confiança nas instituições do Estado, passando pelo Judiciário, sua independência e a sua forma de atuação, pela existência de altos níveis de criminalidade, pela efetividade dos contratos, garantia de direitos de propriedade – incluindo a propriedade intelectual –, existência de taxas de tráfico de pessoas e mesmo acesso à terra e água potável” (CUNHA, 2011, p. 238).

6 Itens reescritos com meras adaptações redacionais (CARVALHO, 2006).

7 Em recente pesquisa, Joaquim Falcão, Diego Werneck Arguelles e Pablo de Camargo Cerdeira (2012) apontaram que 20 das 32 ações de controle concentrado de constitucionalidade propostas ao STF têm associações de classe da magistratura como requerentes. Os autores denominaram essa tática processual de *judicialização permanente* (texto disponível eletronicamente, sem página).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAROTHERS, Thomas. *Promoting the Rule of Law Abroad: In Search of Knowledge*. Washington, DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

CARVALHO, Ernani. O controle externo do Poder Judiciário: o Brasil e as experiências. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n.170, p. 99-109, 2006.

CARVALHO, Ernani; LEITÃO, Natalia. O poder dos juizes: Supremo Tribunal Federal e o desenho institucional do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 45, p. 13-27, março de 2013.

Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0104-447820130001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0104-447820130001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out. 2013.

CUNHA, Luciana Gross. Rule of Law e desenvolvimento: os discursos sobre as reformas das instituições dos Sistemas de Justiça. In: VIEIRA, O. V.; DIMOULIS, D. (Org.). *Estado de Direito e o Desafio do Desenvolvimento*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 233-246.

\_\_\_\_\_. Relatório IPCL Brasil. Disponível em: <[http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/arquivos/anexos/ipcl\\_relatorio\\_4tri2012\\_1tri2013.pdf](http://direitogv.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/arquivos/anexos/ipcl_relatorio_4tri2012_1tri2013.pdf)>. Acesso em: 19 jun. 2013.

- CUNHA, Luciana Gross; ALMEIDA, Frederico de. Justiça e desenvolvimento econômico na reforma do Judiciário brasileiro. In: SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; CERDEIRA, Pablo de Camargo. O diálogo entre o CNJ e o Supremo. *Revista Interesse Nacional*. São Paulo, edição 15, versão eletrônica sem página, janeiro de 2012. Disponível em: <<http://interessenacional.uol.com.br/author/jfalcao/>>. Acesso em: 22 abr. 2013.
- LASSANCE, Antonio; SÁ E SILVA, Fabio de. Agenda política e desafios institucionais: questões centrais para 2013, in *IPEA, Boletim de Análise Político-Institucional* 3, 2013.
- MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. *Law and Capitalism: what corporate crisis reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago and London: The University of Chicago Press, 2008.
- NORTH, Douglas C. *Institutions, Institutional change and economic performance*. New York: Cambridge University Press, 1990.
- OHNESORGE, John K. M. Developing Development Theory: Law & Development Orthodoxies and Northeast Asian Experience. *Legal Studies Research Paper Series*. Paper n. 1024. University of Wisconsin Law School: July 2006.
- POSNER, Richard A. Creating a Legal Framework for Economic Development. *The World Bank Research Observer*, vol. 13, no. 1 (February 1998), pp. 1-11.
- PRADO, Mariana Mota. What is Law and Development?. *Revista Argentina de Teoria Jurídica*, Belgrano, v. 11, n. 1, p. 1-20, Outubro de 2010.
- PRZEWORSKI, Adam. *Institutions Matter?* Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1477-7053.2004.00134.x/pdf>>. P. 527-540. Acessado em: 28 jun. 2013.
- ROSILHO, A. J. O poder normativo do CNJ: um caminho para se pensar o experimentalismo institucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, v. 1, p. 141-160, 2011.
- SADEK, M. T. Controle Externo do Poder Judiciário. In: M. T. Sadek. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001a, p. 91-180.
- \_\_\_\_\_. *Os juízes e a reforma do judiciário: textos para discussão*. São Paulo: IDESP, 2001b.
- SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. Redescobrimo o Direito e Desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, Mario; TRUBEK, David. *Direito e Desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento Como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.
- \_\_\_\_\_. What is the role of legal and judicial reform in the development process? *World Bank Legal Conference*, Washington, DC. Junho, 2000b.
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas; ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Accountability e independência judiciais: uma análise da competência do Conselho Nacional de Justiça*. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 45, p. 29-46, março de 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=0104-447820130001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=0104-447820130001&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10 out. 2013.
- THOME, Joseph R. *Heading South but looking North: Globalization and Law Reform in Latin America*. *Wisconsin Law Review*, n. 3, p. 691-712, Fall.

*Ivan Candido da Silva de Franco*

Rua Caracá, n. 250  
Alto de Pinheiros - 05447-130  
São Paulo - SP - Brasil  
[ivan.csfranco@gmail.com](mailto:ivan.csfranco@gmail.com)

MESTRANDO EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO  
NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA  
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (DIREITO GV)

*Luciana Gross Cunha*

Rua Rocha, n. 233, 11º andar  
São Paulo - SP - Brasil  
[luciana.cunha@fgv.br](mailto:luciana.cunha@fgv.br)

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO  
DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (DIREITO GV)



## GOOD GOVERNANCE E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

*Antonio César Bochenek, Vinicius Dalazoana e Vinicius Rafael Rissetti*

GOOD GOVERNANCE AND THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL

### RESUMO

OS SISTEMAS JUDICIAIS, NO BRASIL E EM TODO O MUNDO, ESTÃO PASSANDO POR GRANDES MODIFICAÇÕES NAS ÚLTIMAS DÉCADAS. NO BRASIL, DE MODO ESPECIAL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, VERIFICA-SE UM IMPORTANTE AUMENTO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS, DA POLÍTICA E, CONSEQUENTEMENTE, DA IMPORTÂNCIA DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA. ALÉM DISSO, A FUNÇÃO JUDICIAL TEM HOJE UMA RELEVANTE RELAÇÃO COM AS FUNÇÕES ADMINISTRATIVAS DOS TRIBUNAIS. ASSIM, UMA SATISFATÓRIA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL REQUER TAMBÉM BOAS PRÁTICAS ADMINISTRATIVAS. NESSE SENTIDO, AUMENTA PROGRESSIVAMENTE O NÚMERO DE ESTUDOS SOBRE CONCEITOS E TÉCNICAS DE *GOOD GOVERNANCE* NOS ASSUNTOS PÚBLICOS. NESTE ARTIGO, SUSTENTA-SE QUE A NOVA COMPREENSÃO DO MODELO DE JUSTIÇA NECESSITA DA IMPLEMENTAÇÃO DE TÉCNICAS E PRÁTICAS DE *GOOD GOVERNANCE* NOS TRIBUNAIS, CONDUZIDAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, RELACIONADAS PRINCIPALMENTE ÀS IDEIAS DE TRANSPARÊNCIA, PARTICIPAÇÃO, EFICÁCIA, EFICIÊNCIA E COERÊNCIA.

### PALAVRAS-CHAVE

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA; FUNÇÕES DA JUSTIÇA; ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA; *GOOD GOVERNANCE*; PRINCÍPIOS.

### ABSTRACT

THE JUDICIAL SYSTEMS, IN BRAZIL AND IN THE WHOLE WORLD, ARE PASSING THROUGH GREAT MODIFICATIONS IN THE LAST DECADES. IN BRAZIL, ESPECIALLY AFTER 1988 FEDERAL CONSTITUTION, IT IS VERIFIED AN IMPORTANT INCREASE IN THE JUDICIALIZATION OF SOCIAL RELATIONS AND POLITICS, AND, CONSEQUENTLY, IN THE IMPORTANCE OF THE JUSTICE ADMINISTRATION. BESIDES, THE JUDICIAL FUNCTION HAS NOWADAYS A RELEVANT RELATION WITH THE ADMINISTRATIVE FUNCTIONS OF THE COURTS. THEREFORE, A SATISFACTORY JURISDICTIONAL INSTALLMENT REQUIRES ALSO GOOD ADMINISTRATIVE PRACTICES. IN THIS SENSE, THE NUMBER OF STUDIES ABOUT GOOD GOVERNANCE CONCEPTS AND TECHNIQUES IN THE PUBLIC SUBJECTS IS PROGRESSIVELY INCREASING. IN THIS PAPER, IT IS BACKED THAT THE NEW COMPREHENSION OF THE JUSTICE MODEL NECESSITATES GOOD GOVERNANCE TECHNIQUES AND PRACTICES IMPLEMENTATION IN THE COURTS, LEADED BY THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL, MAINLY THE ONES RELATED WITH THE TRANSPARENCY, PARTICIPATION, EFFICACY, EFFICIENCY AND COHERENCY IDEAS.

### KEYWORDS

NATIONAL JUSTICE COUNCIL; JUSTICE FUNCTIONS; JUSTICE ADMINISTRATION; *GOOD GOVERNANCE*; PRINCIPLES.

### INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional de Justiça desempenha um papel central dentro do sistema judiciário brasileiro. Suas decisões refletem-se diretamente sobre os atos e políticas públicas do Poder Judiciário – e, em consequência, na vida dos cidadãos. Embora a função típica dos tribunais seja a jurisdicional, eles também desempenham relevantes funções administrativas, ou seja, servidores, juízes, desembargadores e ministros

empregam grande parte do seu tempo de trabalho em questões administrativas, principalmente quanto à condução dos processos judiciais, a divisão do trabalho entre seus membros e a divisão estrutural e material dos seus recursos. Assim, existe uma estreita ligação entre as funções judiciais e administrativas, que necessitam, portanto, de uma coordenação para êxito da prestação jurisdicional. A Emenda Constitucional n. 45/2004, atenta a considerações dessa ordem, criou o CNJ com o objetivo primaz de centralizar e organizar a administração do Judiciário brasileiro.

De outro lado, as sociedades contemporâneas não conseguem responder satisfatoriamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas oriundas ou constituídas no sistema social, em face da impossibilidade de gerar um conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência (CANOTILHO, 2003, p. 1348). A dinâmica social empreende forças a outros órgãos e instituições públicas ou da sociedade civil, que, ao lado do Estado, podem atender às expectativas dos cidadãos. As novas formas de condução responsável dos assuntos públicos e do judiciário (*good governance*), antes restritas exclusivamente à esfera estatal, são cada vez mais compartilhadas e integradas no âmbito de atuação do Poder Judiciário, além de serem precipuamente capitaneadas pelo CNJ, órgão responsável pela coordenação administrativa, financeira e fiscalizatória do Poder Judiciário nacional.

O conceito de *good governance* apresenta uma arquitetura complexa (KOENIG-ARCHIBUGI, 2005, p. 60-63) e de relativa indefinição (GIESEN, 2004, p. 8). A expressão *good governance* é traduzida, em regra, como “boa governação” (Tratado Constitucional da União Europeia – Tratado de Nice), ou “boa governança” (Livro Branco da Comissão Europeia sobre governança europeia (COM. (428) final, de 25 de julho de 2001). De acordo com Aragão, a melhor tradução seria “boa governância”. A opção por “governância” está na linha de vocábulos de origem latina que em português mantêm a terminação “ância”, que exprime a ideia de ação ou resultado de uma ação (ARAGÃO, 2005, p. 105-107.)

As características comuns desse conceito são o incremento da aplicação de diversas técnicas de gestão e de formas indiretas (regulações) de condução dos assuntos públicos, além da participação de atores públicos e privados e da combinação de níveis institucionais (global, regional, nacional, local) (SAND, 2004, p. 44). A proposta visa transformar os princípios clássicos com métodos modernos de gestão e pauta-se pela abertura para a participação do maior número de atores na tomada de decisões, pelo combate à opacidade e à inoperatividade das organizações de poder e, ainda, pela responsabilização, transparência e coerência, sem esquecer-se das eventuais e possíveis consequências das atuais decisões para as gerações futuras (ROSENAU, 2005, p. 71-73; LAKE. KAHLER, 2003, p. 3-15; MAYNTZ, 1999, p. 4). Gomes Canotilho explicita a importância do tema à medida que concebe a *good governance* dos recursos públicos como um dos mais importantes instrumentos de “otimização (sic) dos direitos sociais” (CANOTILHO, 2008-B, p. 249).

A boa governância requer modos de unir as esferas da vida (política, científica, econômica, jurídica) por diferentes redes de conexão e interação, mantendo ainda sua autonomia social. Há, ainda, um imenso vácuo na sociedade entre os espaços não ocupados ou subocupados e os cidadãos, principalmente quanto às questões de igualdade de gênero, direitos humanos, direitos ambientais e minorias, que precisam ser debatidas pelo Poder Judiciário ou atendidas pela participação da sociedade civil. Novos atores não estatais ou supranacionais muitas vezes estão mais próximos da situação e têm preenchido as lacunas com respostas que proporcionam contentamento, ganhando destaque no cenário da prevenção, pacificação e resolução de conflitos. A cooperação e a interação dialógica entre a rede de novos atores na direção dos assuntos antes reservados ao Poder Judiciário representam a nova forma de direção – a *good governance* (WOODS, 2005, p. 26-29).

A adoção das ideias de boa governância no âmbito do CNJ é acelerada pela perda de confiança e credibilidade do Poder Judiciário junto à sociedade, e reforçada pela concepção de que o sistema de resolução dos conflitos não pode ser exclusivo do Estado (BOGASON; MUSSO, 2006, p. 5). São diversos os motivos que desencadearam esse processo: a falta de eficácia e de eficiência dos sistemas de direção estatal (judiciário), a aparente inefetividade das decisões judiciais, a sobrecarga do Estado, a perpetuação de processos ortodoxos (rotinas redundantes) e o distanciamento dos órgãos judiciários em relação à sociedade (CANOTILHO, 2003, p. 1348).

Contudo, o Poder Judiciário ainda é relevante e necessário para o sistema estatal, e o CNJ é um órgão indispensável para a ligação dos diversos órgãos jurisdicionais que integram o sistema judicial brasileiro. Assim, na rede de interações e nos múltiplos níveis de constitucionalismo, o Poder Judiciário também tem como objetivo coordenar e interagir com as demais esferas de resolução de conflito. Dessa forma, o monopólio sobre a legitimidade do poder precisa ser compartilhado com outras autoridades legitimadas que contribuam para a segurança da ordem e a pacificação e prevenção dos conflitos, além de participarem da regulação econômica e social (SENARCLENS, 1998, p. 199-201).

As respostas e soluções às indagações não são simples. O presente texto não pretende esgotar o tema, mas trazer contributos para o aprimoramento e a excelência da prestação jurisdicional, no que respeita à atuação do Conselho Nacional de Justiça sob a perspectiva das recentes formas de condução dos assuntos públicos, ou seja, das novas práticas e técnicas da chamada *good governance*.

Para tanto, em um primeiro momento esclarecem-se e relembram-se questões importantes atinentes ao CNJ para, depois de aclaradas em breves linhas as suas duas funções, dedicar atenção maior aos princípios da *good governance* e ao modo como eles podem ser (e, conforme o caso, já estão sendo) aplicados por referido órgão em sua função administrativa. O artigo, portanto, busca realizar tarefa tão difícil quanto importante, qual seja, lançar sólidos fundamentos teóricos para, a

partir deles, unir a teoria à prática e constatar quais as áreas em que ambas podem integrar-se harmonicamente.

## **I CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:**

### COMPOSIÇÃO E ATRIBUIÇÕES DOS CONSELHEIROS

O Conselho Nacional de Justiça foi instituído pela Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004, mediante a inclusão do artigo 103-B na Constituição da República. Trata-se de órgão do Poder Judiciário encarregado de supervisionar a atuação administrativa dos órgãos desse Poder e a dos juízes, no que tange ao cumprimento de seus deveres funcionais.

A composição do CNJ é definida pela Constituição Federal. Gilson Dipp esclarece, acerca da função de Presidente, que o CNJ é presidido pelo Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal, que só votará em caso de empate e não recebe distribuição “naquele Tribunal, embora as estruturas administrativas respectivas, sobretudo no que pertine à Corregedoria Nacional, não guardem paralelo com as finalidades da Corte Suprema” (DIPP, 2009, p. 30).

As atribuições dos Conselheiros nos termos dos artigos 17 e 18 do Regimento Interno do órgão são: a elaboração de projetos, propostas ou estudos sobre matérias de competência do CNJ; o requisito junto a quaisquer órgãos do Poder Judiciário, do CNJ e de outras autoridades competentes das informações e meios que considerem úteis para o exercício de suas funções; a propositura à Presidência da constituição de grupos de trabalho ou Comissões necessários à elaboração de estudos, propostas e projetos a serem apresentados ao Plenário do CNJ; a propositura de convocação de técnicos, especialistas, representantes de entidades ou autoridades para prestar os esclarecimentos que o CNJ entenda convenientes; o pedido de vista dos autos de processos em julgamento e o desempenho das funções de Relator nos processos que lhes forem distribuídos.

## **2 AS FUNÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**

### **2.1 FISCALIZATÓRIA**

Consoante se esclareceu anteriormente, o presente artigo tem como objeto precípuo de estudo a aplicação dos princípios da *good governance* ao Conselho Nacional de Justiça, com ênfase na sua função administrativa. Portanto, não se dedicará igual atenção à função fiscalizatória, já que tal implicaria em um indesejado desvio de rota.

Todavia, algumas palavras devem ser dispensadas ao tema, já que a responsabilidade dos integrantes do poder judiciário é um importante tema no debate atual (GARAPON,

2003, p. 20). A principal questão é saber para quem presta contas da sua atividade um membro do poder judiciário, e como e quando os tribunais podem fornecer mais responsabilidade institucional (GRABER, 2003, p. 35). Os membros de qualquer empresa ou entidade são avaliados por seus atos, que repercutem em benefícios ou perdas dentro do campo de trabalho; a classe política é avaliada nas eleições. Geralmente, o poder judiciário não apresenta mecanismos efetivos de avaliação e de responsabilização dos seus membros. O levantamento de dados estatísticos não é suficiente. As corregedorias desempenham um importante papel no que respeita ao controle disciplinar e administrativo; todavia, esse trata-se de um controle mais represivo do que preventivo, ou seja, os juízes e ministros não são submetidos a processos contínuos de avaliação interna.

A questão aqui tratada ultrapassa a responsabilidade civil, penal e administrativa, inerente a qualquer pessoa integrante de um cargo público. A autonomia administrativa e financeira dos tribunais (artigo 99 da Constituição) não os exime de prestarem as suas contas perante os Tribunais de Contas. A criação do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, pela Emenda Constitucional n. 45/04, representou um importante avanço para o controle das atividades do Poder Judiciário (COSTA, 2006, p. 78). Contudo, esses mecanismos constitucionais não englobam nenhuma outra forma expressa de avaliação e responsabilização dos membros do judiciário. Atualmente, a avaliação, para além das atividades das corregedorias dos tribunais, restringe-se a uma responsabilidade pessoal, ou seja, relaciona-se com a consciência de cada juiz ou ministro no e pelo exercício de sua atividade. O juiz institucionalmente responsável cumpre as suas obrigações específicas de caráter individual e assume um compromisso ativo no bom funcionamento de todo o sistema judicial.

A *good governance* implica na implantação efetiva do princípio da responsabilização e pode ajudar a responder a essa questão. É imprescindível criar mecanismos de avaliação permanente e periódica das atividades administrativas para diagnosticar as mazelas e exercer melhor o controle, além de verificar a eficiência da prestação dos serviços judiciais. A participação da sociedade civil é relevante para o sucesso da avaliação e da responsabilização, pois implica sintonia profunda entre as medidas adotadas pelo judiciário e as aspirações dos cidadãos.

## 2.2 ADMINISTRATIVA

O artigo 103-B, § 4º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional n. 45, atribuiu ao Conselho Nacional de Justiça competência para o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário. Com efeito, uma das principais atribuições do CNJ é de índole administrativa, na medida em que cabe a ele organizar e controlar os atos administrativos da Justiça. Uma das formas de exercício dessa competência radica na edição de resoluções com a finalidade de organizar o Poder

Judiciário. Exemplo disso é a Resolução n. 7, de 18 de outubro de 2005, que veda a prática do nepotismo em todos os órgãos do Poder Judiciário.

Além disso, incumbe ao Conselho Nacional de Justiça, relativamente à sua função de caráter administrativo, concretizar os princípios elencados no artigo 37 da Constituição, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, conforme dispõe o artigo 103-B, § 4º, II, da Constituição Federal (BAGATINI; WICKERT, 2010, p. 161). Sobre o papel administrativo do CNJ seguirá a abordagem do presente texto.

### 3 PRINCÍPIOS DE GOOD GOVERNANCE E PRÁTICAS DO PODER JUDICIÁRIO

Gomes Canotilho propugna que a *good governance* significa, em uma compreensão normativa, a condução responsável dos assuntos do Estado em todas as esferas: governo/administração, legislativo e judiciário. Acentua-se a interdependência internacional dos Estados, considerando-se as questões de governo problema de multilateralismo dos Estados e de regulações internacionais. Recuperam-se ainda algumas dimensões do gerenciamento público e insiste-se em questões politicamente fortes como as da governabilidade, da responsabilidade e da legitimação (CANOTILHO, 2006-A, p. 327).

Na ótica do Banco Mundial, por outro lado, a *good governance* engloba quatro áreas-chaves de ação: gestão eficiente do setor público; *accountability* da ação estatal e administrativa; transparência e disponibilização ativa de informação; e, por fim, um sistema jurídico confiável (WORD BANK, 1992). Nessa senda, Jayme Weingartner Neto e Vinícius Diniz Vizzotto aclaram que a *good governance* consiste em um conceito que ganha relevo na década de 1990, na esfera do desenvolvimento econômico e político, claramente relacionado ao Consenso de Washington. Atualmente o conceito é estudado em diversas ciências e aplicado tanto a pessoas jurídicas privadas como públicas. Lembrem, ainda, que o Acordo de Cotonou, no artigo 9º, define “boa governança” como a “gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, econômicos e financeiros para efeitos de desenvolvimento equitativo e sustentável” (WEINGARTNER NETO e VIZZOTTO, 2008, p. 287).

A *good governance*, a par da difusão do conceito, traduz-se em uma série de princípios constitutivos, que surgem, conforme Canotilho, como totalidades modeladoras e transempíricas, implicadoras de integração de argumentos constitucionais, ligados à autoridade do direito posto e de argumentos substantivos ou prático-gerais, cuja força repousa no conteúdo (CANOTILHO, 2006-B, p. 10). Os aprimoramentos da função judicial passam pela adoção de boas práticas correlacionadas aos princípios que informam a boa governância, ou seja, transparência, responsabilidade, eficácia, eficiência, participação e coerência.

### 3.1 TRANSPARÊNCIA

Entre as principais aspirações da sociedade civil organizada estão o acesso à informação e a livre expressão. O interesse consiste em conhecer, acompanhar e refletir sobre os atos privados e da administração pública, inclusive do judiciário.

Os meios de comunicação têm um papel fundamental no acesso à informação, que é facilitada pelas novas tecnologias (NUTLEY; BOAZ, 2003, p. 31). A função da imprensa de informar, quando exercida com seriedade, profissionalismo e de maneira imparcial, constitui fundamental mecanismo de controle social das instituições, além de contribuir para a aproximação do judiciário com a sociedade. Além disso, os novos meios tecnológicos auxiliam na prossecução da transparência: tem-se, por exemplo, a internet como importante mecanismo de transparência pela facilidade e rapidez do processamento dos dados, além do rádio e da televisão, valendo ressaltar que o Brasil é o único país que transmite pela rádio e televisão, ao vivo, todas as sessões do STF.

Contudo, para além do desenvolvimento tecnológico como ferramenta de aumento do poder dos cidadãos mediante o acesso à informação e ao conhecimento, existem outros mecanismos pelos quais são criadas condições de um ampliado acompanhamento e controle das políticas públicas, quer em sua concepção, implemento ou avaliação póstuma. Entre eles encontram destaque o conceito alargado de direitos relacionados à cidadania (MARSHALL; BOTTOMORE, 1992, p. 57), por um lado, assim como a própria função estatal na efetivação desses direitos, por outro (MOZZICAFREDDO, 2000, p. 35).

A publicidade e a fundamentação dos atos são maneiras eficientes de evitar a arbitrariedade. Por isso, as decisões judiciais devem ser fundamentadas e publicadas no Diário Oficial – atualmente, sobretudo em Diário Oficial Eletrônico. A partir da Emenda Constitucional n. 45/04, as decisões administrativas dos tribunais também são motivadas e deliberadas em sessão pública. Contudo, a mera publicidade e fundamentação dos atos já não são suficientes.

A transparência, nessa esteira, é um adicional relativamente à publicidade. Importa na demonstração ampla de todos os atos relacionados ao bom desempenho da gestão dos tribunais, não se restringindo à fundamentação e a publicidade do ato. A transparência implica na organização completa de dados e informações sobre o que acontece nos tribunais. A comunicação contínua e direta dos trabalhos desenvolvidos pelo judiciário facilita o acesso de um maior número de pessoas e promove a verificação e a discussão sobre as atividades judiciais. A transparência poderá clarificar questões importantes sobre o modo e a forma como trabalham os integrantes do judiciário, o processo de deliberação e as interações com a sociedade, além de outras questões muitas vezes obscuras como a assiduidade, produtividade, eficiência, desempenho, capacitação e experiências multidisciplinares.

A acessibilidade das informações contribui, assim, para o aperfeiçoamento do sistema judicial, além de facilitar o trabalho dos profissionais da área jurídica. Desse

modo, o CNJ tem como uma de suas funções primordiais a ampla divulgação à sociedade civil dos atos dos tribunais e dos juízes, salvo aqueles que sejam imprescindíveis à segurança da sociedade, do Estado e à intimidade dos particulares.

A transparência, igualmente, pode combater questões pontuais do judiciário, principalmente quanto aos chamados processos “engavetados”, ou seja, processos que por diversos motivos têm duração mais longa do que a média normal. O máximo de segredo acaba por facilitar a corrupção (CANOTILHO, 2006-A, p. 129), mas quanto maior a transparência, tendencialmente menor é a probabilidade de corrupção – é dizer, a transparência é o outro lado do problema da corrupção (CANOTILHO, 2008-A, p. 19-20).

Além disso, com a implantação efetiva da transparência talvez seja possível esclarecer ou encontrar pistas sobre o mito da morosidade e da lentidão que envolvem o poder judiciário. No plano supranacional, a transparência das informações pode levar ao conhecimento de diferentes práticas adotadas em lugares com peculiaridades não difundidas em outros países (KISKIS; PETRAUSKAS, 2004, p. 20).

No que respeita à transparência na condução dos assuntos públicos, deve-se dispensar algumas palavras à designada “Lei de Acesso à Informação” (Lei 12.527/2011). Regula essa Lei o exercício do direito de acesso à informação previsto no artigo 5º, inciso XXXIII, no artigo 37, inciso II, § 3º e no artigo 216, § 2º, todos da Constituição da República. Disciplina, portanto, conforme dispõe no artigo 1º, os procedimentos a serem observados pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, com o fim de garantir o acesso a informações previsto nos precitados dispositivos. Trata-se, indubitavelmente, de instrumento normativo valioso à implementação do princípio da transparência no âmbito do Poder Judiciário, de modo geral, e no Conselho Nacional de Justiça, de modo específico.

O Conselho Nacional de Justiça realiza uma série de programas com vistas a promover e intensificar a transparência relativamente aos assuntos da administração da Justiça e da prestação jurisdicional. Especial destaque deve ser dado ao programa “Justiça Plena”, lançado em 2010 pela Corregedoria Nacional de Justiça. A iniciativa tem por escopo monitorar e ampliar a transparência de processos com grande repercussão social. São causas em que se discutem importantes temas criminais, consumeristas e ambientais, além de ações civis públicas e ações populares de alto interesse público. Trata-se de programa exemplar no que diz com a coerência de ações voltadas a um objetivo comum, na medida em que, entre coordenadores e participantes, o “Justiça Plena” envolve oito protagonistas: o Ministério da Justiça (MJ), o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a Advocacia-Geral da União (AGU), a Secretaria de Direitos Humanos (SDH), o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Defensoria Pública da União e dos Estados e a Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (PFDC).

Outro sistema desenvolvido pelo CNJ na perspectiva do princípio da transparência é o chamado “Justiça Aberta”. Consiste em um sistema de consulta com objetivo

de simplificar o acesso dos jurisdicionados a informações acerca da localização de varas cíveis, tribunais, cartórios e outras instituições a serviço do sistema judiciário nacional, bem como sobre relatórios de produtividade das secretarias processuais. O sistema opera com um banco de dados gerenciado pela Corregedoria Nacional de Justiça; por meio dos menus disponibilizados no sistema, é possível ter acesso aos dados quantitativos sobre atos recebidos e deliberados nas secretarias das varas cíveis, em primeira instância, assim como acessar os dados quantitativos sobre votos, encaminhamentos e outras decisões de juízes, desembargadores e corregedores, em segunda instância. Além disso, são disponibilizados, no item relativo às serventias judiciais, os dados sobre a produtividade dos cartórios, subdistritos e escritórios de notas, protestos e registros, que reconhecem, atestam e certificam atos particulares e públicos, como nascimentos, óbitos, imóveis, notas e processos jurídicos.

Base de dados altamente relevante, no mesmo sentido, é a designada “Justiça em Números”. As informações sistematizadas e disponibilizadas pelo sistema permitem a formação de um panorama geral do Poder Judiciário, com fulcro em dados apresentados pelos tribunais a respeito de processos distribuídos e processos julgados, número de cargos de juízes ocupados e número de habitantes atendidos por juiz. A pesquisa, assim realizada, possibilita a avaliação dos tribunais quanto à quantidade de processos, além de demonstrar o perfil de cada região e Unidade Federativa. O programa ainda tem por finalidade fazer que os dados constituam parâmetro para o desenvolvimento de uma cultura de planejamento e gestão estratégica também no âmbito da administração da Justiça. O estudo também propicia a construção de políticas de gestão e a análise da necessidade de criação de cargos e funções. As informações quantitativamente explicitam, de igual modo, despesas com pessoal, recolhimentos e receitas, informática, taxa de congestionamento e carga de trabalho dos juízes.

Finalmente, um instrumento mais conhecido e não menos importante que pode ser mencionado é o “Portal da Transparência” pertinente ao Poder Judiciário, ferramenta que concretiza o princípio da transparência da gestão fiscal e leva a conhecimento e acompanhamento da sociedade, mediante qualquer pessoa física ou jurídica, dados relativos à execução orçamentária e financeira do Poder Judiciário.

### 3.2 PARTICIPAÇÃO

No âmbito do CNJ é cada vez mais difundida a participação dos integrantes da sociedade nas atividades de repercussão social ou econômica. A possibilidade de intervenção de qualquer pessoa nos processos administrativos, com a finalidade de esclarecer, subsidiar e informar sobre as questões relacionadas ao Poder Judiciário apresenta um forte conteúdo de participação política e democrática na tomada de decisões sobre assuntos relevantes para a administração da Justiça. Isso porque o Estado, para além da clássica concepção weberiana, não se limita a um território definido, com monopólio e uso legítimo da força, mas “processa e condensa poderes

que emergem da sociedade (em nível local, internacional e transnacional)” (O’DONNELL, 2011, p. 68).

Tem-se, portanto, uma concepção democrática que transcende em muito a mera representação, não se restringindo ao mecanismo do voto. A qualidade, a pertinência e a eficácia dos processos decisórios públicos necessitam de ampla participação em todo o processo político. Dependem principalmente da utilização e do incentivo, por parte da administração central, de uma abordagem aberta e abrangente. A democracia participativa, assim, representa um importante mecanismo para a interação entre o político e o social (SANTOS, 2003, p. 77; SANTOS, 2002, p. 50, BOCHENEK, 2013).

A participação da sociedade civil nos assuntos relativos ao sistema judicial é extremamente relevante, porquanto é ela a destinatária final da prestação jurisdicional. O processo de decisões administrativas no âmbito dos tribunais deve contar também com a participação de magistrados de primeiro grau e dos cidadãos.

No que respeita de forma específica ao Conselho Nacional de Justiça, certos dados podem demonstrar a importância de práticas de ampliação da participação, bem como o modo pelo qual algumas delas têm sido impostas ou implementadas.

Primeiramente, a própria composição do órgão revela a atenção que o constituinte derivado dedicou à questão, já que, nos termos do artigo 103-B, inciso XIII, da Constituição Federal, dois membros do CNJ serão “cidadãos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal”. Significa dizer: a sociedade civil vê-se representada na composição do Conselho Nacional de Justiça, por expressa previsão constitucional, valendo ressaltar, ademais, que um dos membros será indicado pela Câmara dos Deputados, órgão que “compõe-se de representantes do povo” (artigo 45 da Constituição), e outro pelo Senado Federal, composto por “representantes dos Estados e do Distrito Federal” (artigo 46 da Constituição). Em outras palavras, têm-se os órgãos que integram o Congresso Nacional, representativos do povo e dos Estados e Distrito Federal, a indicar dois cidadãos como membros do Conselho Nacional de Justiça.

Impende observar, ainda, que não só o inciso XIII revela a preocupação constitucional com uma composição que concretizasse, em relação ao CNJ, o princípio da participação – e também nem se restringe a ela. É notável, nesse sentido, como o órgão é composto por representantes dos diversos segmentos do Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais de Justiça, juízes estaduais, Tribunais Regionais Federais, juízes federais, Desembargadores da Justiça do Trabalho, juízes do trabalho), além do Ministério Público da União, do Ministério Público estadual e advogados.

Na mesma senda, as Comissões do Conselho Nacional de Justiça têm, entre suas atribuições, conforme estabelecido pelo artigo 28, incisos II e III do Regimento Interno, “realizar audiências públicas com órgãos públicos, entidades da sociedade civil ou especialistas” e “receber requerimentos e sugestões de qualquer pessoa sobre tema

em estudo ou debate em seu âmbito de atuação”, isto é, duas atribuições que levam a efeito diretamente o princípio da participação da sociedade civil na tomada de decisões relativas à administração do Poder Judiciário. Além disso, dispõe o § 2º do artigo 28 que “nas Comissões buscar-se-á a participação proporcional, preservando, sempre que possível, a representação das diversas categorias funcionais”, e que, em sua composição, haverá ao menos um Conselheiro não integrante da magistratura.

É possível, ainda, a qualquer pessoa com interesse legítimo – além do Ministério Público, Presidentes dos Tribunais e, de ofício, Conselheiros – representar contra magistrado por excesso injustificado de prazo, para a prática de ato de sua competência jurisdicional ou administrativa, nos termos do artigo 78 do Regimento Interno. Embora se trate de ato de caráter também fiscalizatório, vê-se nessa hipótese evidente abertura à participação de jurisdicionados nas atividades do CNJ.

O Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça prevê igualmente, no artigo 4º, inciso XII, a participação dos órgãos do Poder Judiciário, podendo para tanto serem ouvidas as associações nacionais de classe das carreiras jurídicas e de servidores, em sessão plenária de planejamento especialmente convocada para definição do planejamento estratégico, dos planos de metas e programas de avaliação institucional do Poder Judiciário.

O CNJ realiza, nessa linha, por meio da Corregedoria Nacional de Justiça, audiências públicas nos tribunais a fim de ouvir as críticas, sugestões e propostas da comunidade local. Nesses atos, colhe reclamações, notícias e observações tendo em vista o aprimoramento da prestação jurisdicional na localidade ouvida. Entre janeiro de 2009 e junho de 2011, por exemplo, foram promovidas audiências públicas em onze estados brasileiros, com reiteradas participações de entidades relacionadas às atividades jurisdicionais e centenas de solicitações e reclamações dirigidas por cidadãos.

Ranson e Stewart sublinham a importância de processos consultivos, a exemplo das audiências públicas, enquanto medida que permite o balanceamento do papel do governo representativo e do papel da participação do cidadão nos processos de tomada de decisão. Mas isso na medida em que políticas que fomentam a cidadania ativa não deflagram efeitos de modo rápido, exigindo um tempo até que os resultados possam ser verificados. Assim, os autores mencionam algumas medidas que permitem temperar as realidades da representação política e da participação dos cidadãos. Além dos processos consultivos (inquéritos, *workshops*, seminários, referendos e, como dito, audiências públicas), elencam a dispensa de maior atenção aos protestos públicos, pressões, debates e reclamações dos cidadãos; o desafio do governo mediante petições; e a participação ativa por meio de comitês e associações (RANSON; STEWART, 1989, p. 10).

### 3.3 COERÊNCIA

Existe atualmente uma clara “crise de flexibilidade”, conforme preconiza Canotilho, na qual se exprime “a impossibilidade de o sistema regulatório central gerar um

conjunto unitário de respostas dotadas de racionalidade e coerência relativamente ao conjunto cada vez mais complexo e crescente de demandas ou exigências oriundas do ou constituídas no sistema social” (CANOTILHO, 2003, p. 1348).

Em termos gerais, sob a ótica jurídico-política, o princípio da coerência relaciona-se com a articulação sistemática entre o ato em causa e todo o sistema político-jurídico (ARAGÃO, 2005, p. 127). Desse modo, a conceituação da coerência deve observar as matizes de padrão de cada setor (público e privado), área (política, social, econômica, cultural) e lugar (local, regional, nacional ou global).

A incoerência das ações consiste tradicionalmente em elemento essencial do declínio de confiança dos cidadãos no setor público. Diversas atividades e serviços públicos são redundantes, ociosos e desperdiçados, ao passo que os furos da rede de segurança social permanecem descobertos. A incoerência acarreta maiores despesas, onerosidade e ineficiência na consecução dos objetivos públicos. Crises, riscos, falhas e reestruturações da rede de governância são bastante comuns (ROTHSTEIN, 2006, p. 215-217).

Nessa senda, a *good governance* pode apresentar novas opções e caminhos para os sistemas judiciais, que são cada vez mais complexos, diversificados e híbridos. As esferas de poder social organizatório transcendem ao poder judiciário estatal oficial e necessitam ser coordenadas e integradas por meio de ações coesas e interligadas. *Governance*, nesse sentido, designa também o modelo de relacionamento entre os diversos atores sociais, cada qual em seus específicos recursos de poder, que se estabelece pautado em regras e procedimentos institucionalizados (COPEDGE, 1995, p. 24).

Os atores principais (tribunais) não são os únicos, mas são imprescindíveis para iniciar e irradiar para a sociedade e os cidadãos as transformações necessárias de todo o aparato do sistema de justiça. Para tanto, é necessário coerência entre as medidas para a promoção de ações de alta intensidade com o objetivo ideal de ligação entre os atores (estatais e da sociedade civil) que participam da rede de sistemas de resolução de conflitos (GIESEN, 2004, p. 5-7). Nesse sentido, uma cidadania ativa, na medida em que congrega a contribuição de um heterogêneo conjunto de atores e interesses, contribui para o alcance de resultados mais satisfatórios na administração das organizações públicas (CALLAHAN, 2007, p. 30).

O grande desafio do CNJ e de todo o sistema judicial brasileiro, em termos de coerência, é realizar a unificação administrativa e organizacional do sistema judicial (justiça eleitoral, militar, do trabalho, federal e estadual) e promover harmonicamente a inserção das demais formas de resolução de conflitos, sem descuidar da convivência harmônica com os meios alternativos de resolução de conflitos. A divisão de trabalho entre os juízes e servidores revela-se importante para a organização dos serviços, mas atualmente carece de integração administrativa e jurisdicional, e principalmente de coerência. As boas práticas precisam ser enaltecidas e implantadas em prol de objetivos comuns e da excelência da prestação jurisdicional.

A informatização dos sistemas judiciais é um tema em destaque. Com efeito, diversos estudos demonstram atualmente o poder das adventícias Tecnologias da Informação e Comunicação – TICs sobretudo na internet, como forma de oportunizar a participação dos cidadãos na condução dos negócios públicos e, assim, aperfeiçoar o sistema democrático. Chahin, nesse sentido, aduz que “a telemática – a união das tecnologias de informação e de comunicação eletrônicas digitais e convergentes – oferece meios poderosos e cada vez mais baratos de aperfeiçoar nossa democracia, pagar nossa dívida social e estimular nossa economia” (CHAHIN, CUNHA, et al. 2004, p. 3.)

No âmbito judicial, cada tribunal, ao seu ritmo, tem elaborado programas de tramitação virtual de processos que são utilizados em primeira e segunda instância. Contudo, esses processos judiciais eletrônicos podem chegar aos tribunais superiores. Então, deve-se perguntar o que é mais racional, lógico, prático e econômico: o STF possuir os diversos programas de informática de cada tribunal para processar os recursos ou desenvolver-se um programa que possa ser utilizado por todas as instâncias e esferas do poder judiciário? A resposta parece óbvia. O CNJ instaurou, nessa esteira, o chamado “Processo Judicial Eletrônico” (PJe), programa informático desenvolvido em parceria com os tribunais com o objetivo de automação da Justiça. A iniciativa congrega, mesmo que carregada de críticas, uma ampla série de órgãos judiciais e envolve, ainda, o trabalho de diversos técnicos de informática para a instalação dos *softwares*. O sistema visa implantar a ideia do processo judicial eletrônico unificado, pelo qual seja possível a prática de atos processuais pelos magistrados, servidores e demais participantes do processo diretamente no sistema, bem como o acompanhamento do processo, independentemente de tramitar na Justiça Federal, na Justiça dos Estados, na Justiça Militar dos Estados ou na Justiça do Trabalho.

O Conselho Nacional de Justiça tem assumido a responsabilidade de organizar certas questões importantes da área administrativa. O Conselho da Justiça Federal, por sua vez, é responsável somente pela administração da justiça federal. Dessarte faz-se necessário e urgente o desenvolvimento de uma estrutura administrativa que possa coordenar e integrar de forma coerente toda a administração da justiça brasileira, além de interagir e promover os meios alternativos de resolução de conflitos, na medida em que a integração é um ponto essencial para o sucesso da concretização do princípio da coerência (YALL; TAIT, 2005, p. 7).

No âmbito específico do Conselho Nacional de Justiça são desenvolvidos alguns programas de informática em parceria com outros órgãos, com o objetivo de promoção do acesso à informação e minoração da burocracia tão comum nos atos processuais.

Exemplo de sistema unificado na esfera judicial e que na maior parte das vezes – e se utilizado de forma correta e sem distorções, evidentemente – traz benefícios à prestação jurisdicional é o “BacenJud”, sistema que interliga às instituições financeiras e ao Banco Central o Poder Judiciário, no intuito de tornar mais célere a requisição de

informações e a expedição de ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional. Trata-se de iniciativa realizada mediante convênio entre o Poder Judiciário e o Banco Central do Brasil, que opera o sistema a partir de convênio firmado com o Conselho Nacional de Justiça.

Pode ser citado, igualmente, o chamado “Sistema BNMP” – Banco Nacional de Mandados de Prisão, cujas finalidades consistem em: a) possibilitar o conhecimento, por qualquer pessoa, dos mandados de prisão com a situação “aguardando cumprimento”, desde que ainda vigentes; e b) facilitar o cumprimento de diligências pelas autoridades policiais, bem como auxiliar os juízes a exercer a sua jurisdição, na medida em que disponibiliza, por meio de autenticação do usuário do sistema, o acesso a todos os mandados de prisão, independentemente de sua situação ou da data de validade. Em sentido semelhante, o Conselho Nacional de Justiça implantou o sistema “Infoseg”, rede com estratégia de integração das informações de Segurança Pública, Justiça e Fiscalização, de modo a contribuir também para a atividade de inteligência nacional. A rede opera interligando as bases de informações federais e estaduais, constituindo um Banco Nacional de Índices com diversos dados acerca de inquéritos, processos, armas de fogo, veículos e condutores, mandados de prisão, entre outros, mantidos e administrados pelos Estados e órgãos conveniados; trata-se do maior sistema nacional de informações de segurança pública. Relembre-se, nessa senda, que, a fim de superar obstáculos à integração e, por consequência, à coerência (no caso, das informações de diferentes bancos de dados), a governância deve empregar todos os instrumentos de integração de que dispuser: regulação, conformidade transversal, ajuda financeira, instrumentos fiscais, treinamento e, especificamente nessa hipótese, troca de informação (DHONT, 2003, p. 463 e ss.).

Sistema importante, ainda, desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, é o assim designado “Sistema Nacional de Controle de Interceptações Telefônicas”, que concentra as informações obtidas a partir das interceptações telefônicas judicialmente determinadas. O instrumento permite a emissão de estatísticas visando ao aperfeiçoamento e à uniformização do sistema de medidas cautelares sigilosas referentes às interceptações telefônicas, a fim de constituir instrumento de prova em investigação criminal e em instrução processual penal – e isso em todo o território nacional. A ferramenta busca conciliar a imprescindibilidade de preservação do sigilo das investigações e das informações colhidas, por um lado, assim como a eficácia da instrução processual, por outro. O CNJ sistematiza as informações obtidas, elaborando dados estatísticos sobre o assunto e, dessarte, estabelece os parâmetros da legalidade e os limites da ilegalidade. As operadoras telefônicas, para tanto, prestam eletronicamente ao CNJ as informações a respeito dos pedidos recebidos e das interceptações realizadas por força de solicitação judicial. Atualmente, o sistema é disciplinado e uniformizado pela Resolução n. 59, de 9 de setembro de 2008.

Afora esses, diversos outros sistemas poderiam ser mencionados dentre os programas do Conselho Nacional de Justiça que radicam no princípio da *good governance* da coerência: “Renajud”, “Sistema de Estatística do Poder Judiciário”, “Sistema Nacional de Bens Apreendidos”, “Malote Digital”. Este último tem a peculiaridade de ter sido desenvolvido originalmente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte (com o nome Hermes) apenas para uso interno. Foi cedido posteriormente ao CNJ, mediante convênio, e, uma vez adaptado, passou a permitir a troca de correspondências eletrônicas entre os diversos órgãos de todo o Poder Judiciário. Atualmente, o sistema substitui a remessa física de comunicações em todo o sistema judicial, implicando também em importante economia ao erário, e é regido pelo Resolução n. 100, de 24 de novembro de 2009.

### 3.4 EFICÁCIA E EFICIÊNCIA

As reformas da administração pública na última década visaram particularmente à eficiência do serviço público. Isso ocorreu dentro do contexto de um modelo de gestão pública que assentava nos valores eficiência, eficácia e economia, que se afirmou de forma destacada sobre outros modelos de administração (POLLIT; BOUCKAERT, 2000, p. 32).

Na perspectiva do *good governance*, especificamente, o princípio da eficácia representa a força governativa que emprega meios adequados para a produção do efeito desejado, ou seja, os meios pelos quais se implementa a governância devem ser adequados aos fins que se pretende alcançar. Aqui reside a necessidade de aprimoramento do Poder Judiciário, a ser comandada de modo precípua pelo Conselho Nacional de Justiça, sobretudo em sua função administrativa.

É comum afirmar-se, atualmente, que os processos de modernização do Estado e de desenvolvimento econômico-social passam pelo melhoramento do judiciário, sobretudo no que respeita à sua eficácia e eficiência (ALESINA; GIAVAZZI, 2007, p. 141-150). Como uma variável determinante para a governância, o mercado requer regras de máxima simplicidade e de racionalidade elevada em função da prossecução de resultados. A título exemplificativo, cite-se a mencionada importância do uso das TICs pelos governos, como recurso que aumenta a eficácia dos serviços públicos, a partir da integração e conversão entre as tecnologias existentes (NEGROPONTE, 2006, p. 20 e *passim*).

Interessante é perceber que, dentre as atribuições cometidas ao CNJ pela Constituição Federal, está a de “zelar pela observância do art. 37”, nos termos do artigo 103-B, § 4º, inciso II da Constituição. Significa dizer que o Conselho tem como uma de suas missões constitucionais promover, dentro do sistema judicial brasileiro os princípios que regem a Administração Pública nacional em geral. Importa referir, nesse sentido, que nesse elenco principiológico foi acrescido, pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998, o princípio da eficiência, o que permite afirmar a outorga

constitucional ao CNJ para que concretize, no âmbito administrativo-judicial, o conteúdo que informa referido princípio, precisamente na linha do que foi sustentado anteriormente.

No escopo de cumprir essa tarefa constitucionalmente delegada, o Conselho Nacional de Justiça realiza uma série de programas destinados ao aprimoramento dos serviços judiciais e à modernização da Justiça, especialmente relacionados à tecnologia informacional e à comunicação do Poder Judiciário. Para além daqueles já anteriormente mencionados, a exemplo do “Malote Digital”, que adentra a esfera do princípio da eficiência, pode ser citado agora o “Numeração Única”.

O sistema foi implementado com base na Resolução n. 65, de 16 de fevereiro de 2008, considerando expressamente que a “Emenda Constitucional n. 45/2004 conferiu ao Conselho Nacional de Justiça a função de planejamento estratégico do Poder Judiciário”, e em observância à Resolução n. 12 do CNJ, de 14 de fevereiro de 2006, que “com o objetivo de melhorar a administração da justiça e a prestação jurisdicional, definiu padrões de interoperabilidade a serem utilizados no Poder Judiciário, entre eles a padronização do número dos processos”.

## CONCLUSÕES

As funções realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça extrapolam o âmbito jurisdicional/constitucional e abrangem também questões claramente administrativas. As incumbências constitucionalmente outorgadas reforçam a necessidade de implementação das modernas técnicas de gestão administrativa, das quais a *good governance* representa importantíssimo exemplo.

O CNJ deve estar atento às transformações políticas, sociais, culturais, ambientais e aos novos saberes. A interdisciplinariedade e a aplicação de modernos métodos de gestão nos assuntos públicos, influenciadas pelas noções de boa governância, devem ser captadas e inseridas no debate para a nova compreensão do modelo de justiça.

Em termos constitucionais, é grande o desafio do CNJ, na medida em que sua função na administração da justiça tem sensíveis repercussões na seara jurisdicional e, assim, na tutela dos direitos dos cidadãos. Desse modo, os aprimoramentos das funções da justiça desempenhadas pelo CNJ podem se refletir de imediato no desempenho de todas as esferas do poder judiciário brasileiro, principalmente no que respeita à excelência da prestação jurisdicional e à garantia dos direitos fundamentais. Assim, as ações requerem a convergência das boas práticas orientadas por transparência, participação, coerência, eficácia e eficiência.

Por um lado, é verdade que, conforme já esclarecido, diversas são as ações atualmente levadas a efeito pelo Conselho Nacional de Justiça que podem, em maior ou menor medida, ser apontadas como exemplos de concretizações dos princípios da *good governance*. Por outro lado, certo é também que há muito a avançar, seja em termos

de transparência, seja também no que diz com a coerência, a participação, a eficácia e a eficiência.

: ARTIGO APROVADO [02/12/2013] : RECEBIDO EM 31/07/2013

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESINA, Alberto; GIAVAZZI, Francesco. *O futuro da Europa: reforma ou declínio*. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 141-150.
- ARAGÃO, Alexandra. A governância na Constituição Européia: uma oportunidade perdida? In: *Colóquio ibérico: Constituição Européia – homenagem ao doutor Francisco Lucas Pires*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- BAGATINI, Júlia. WICKERT, Lisiane Beatriz. Ponderações Reflexivas Acerca do Conselho Nacional de Justiça. *Revista de Processo*, vol. 186, ago/2010.
- BOCHENEK, Antônio César. A governância e o Princípio da Coerência: considerações preambulares. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 23, abr. 2008. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Antonio\\_Bochenek.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao023/Antonio_Bochenek.html)>. Acesso em: 10 jul. 2013.
- \_\_\_\_\_. A interação entre Tribunais e Democracia por meio do acesso aos direitos e a Justiça. Análises de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. *Conselho da Justiça Federal*, 2013.
- BOGASON, Peter; MUSSO, Juliet A. The Democratic Prospects of Network Governance. *American Review of Public Administration*, n. 36, 2006. p. 3-18.
- BORGES, André. Governança e política educacional: a agenda recente do Banco Mundial. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 18 (52), 2003, p. 125-138.
- CALLAHAN, Kathe. *Elements of Effective Governance*. Measurement, Accountability and Participation. Nova York: CRC Press, 2007, p. 30.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006-A.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_. *O tempo curvo de uma carta (fundamental) ou direito constitucional interiorizado*. Porto: Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, 2008-A.
- \_\_\_\_\_. Princípios: entre a sabedoria e a aprendizagem. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*. Vol. LXXXII. Coimbra: Coimbra Editora, 2006-B.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo, Revista dos Tribunais e Coimbra Editora (Co-edição), 2008-B.
- CHAHIN, Ali; CUNHA, Maria Alexandra, et al. *E-gov.br: A próxima revolução brasileira*. São Paulo: Prentice Hall, 2004.
- COPEEDGE, Michael. *Instituciones y gobernabilidad democrática en América Latina*. Madrid: Síntesis, 1995.
- COSTA, Flávio Dino de Castro. O Conselho Nacional de Justiça: competências e aspectos processuais. In: FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Dario Almeida Passos de (orgs.). *Direito e administração da justiça*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 77-95.
- DHONDT, Nele. Integration of environmental protection into other EC policies. *Legal Theory and Practice*. Groningen: Europa Law Publishing, 2003.
- DIPP, Gilson. A Corregedoria Nacional de Justiça, o CNJ e a Constituição. *Revista Jurídica Consulex*, ano XIII, n. 310, 15 de dezembro de 2009.
- DUPUY, Pierre-Marie. *Droit International Public*. 3.ed. Paris: Dalloz, 1995.
- FILHO, Ilton Norberto Robl. *CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA: Estado Democrático de Direito e Accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- GARAPON, Antoine. *Les juges. Un pouvoir irresponsable?* Paris: Nicolas Philippe, 2003.

- GIESEN, Klaus-Gerd. The post-national constellation: Habermas and “the second modernity”. *Res Publica*. A journal of legal and social philosophy. n. 10, 2004.
- GOLDSMITH, Arthur A. Is governance reform a catalyst for development? *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, 20 (2), 2007, pp. 165-186.
- GOLDSMITH, Arthur. Institutions and Planned Socioeconomic Change: four approaches. *Public Administration Review*, 52 (6), 1992, pp. 582-587.
- GRABER, Mark. A. The non-majority difficulty. Legislative difference to the judiciary. *Studies in American Political Development*, 1993.
- KISKIS, Mindaugas; PETRAUSKAS, Remantas. ICT. Adoption in the Judiciary: Classifying of Judicial Information. *International Review of Law Computers & Technology*. 2004. p. 18-45.
- KOENIG-ARCHIBUGI, Mathias. Mapping Global Governance. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (orgs.). *Governing Globalization. Power, authority and global governance*. Cambridge: Polity Press, 2005.
- LAKE, David A.; KAHLER, Miles. *Governance in a Global Economy. Political Authority in Transition*. Woodstock: Princeton University Press, 2003.
- LOVELL, George. *Legislative deferrals: Statutory ambiguity, judicial power, and American democracy*. New York: Cambridge University Press, 2003.
- MARSHALL, T. S.; BOTTOMORE, Tom. *Citizenship and social class*. Londres: Pluto Press, 1992.
- MAYNTZ, Renate. La teoria della governance: sfide e prospettive. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, n. 1, 1999.
- MOZZICAFREDDO, J. *Estado-Providência e Cidadania em Portugal*. 2.ed. Oeiras: Celta, 2000.
- NEGROPONTE, Nicholas. *A vida digital*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- NUTLEY, Sandra. BOAZ, Anette. Evidence-based policy and practice. In: BOVAIRD, Tony; LOFFLER, Elke (orgs.). *Public Management and Governance*. London: Routledge, 2003.
- OCDE. Public Sector Modernisation: Modernising Accountability and Control, Policy Brief. *OECD Observer*, Abril de 2005.
- O’DONNELL, Guillermo. *Democracia, agência e estado: teoria com intenção comparativa*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- POLLITT, C. e BOUCKAERT, Geert. *Public Management Reform. A comparative analysis*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- RANSON; STEWART. Citizenship and government: the challenge for management in the public domain. *Political Studies*, 37, 1989, p. 5-24.
- ROSENAU, James N. Governance in a New Global Order. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (eds.). *Governing Globalization. Power, authority and global governance*. Cambridge: Polity Press, 2005.
- ROTHSTEIN, Henry. The institutional origins of risk: A new agenda for risk research. *Health, Risk & Society*, n. 8, 2006. p. 215-217.
- SAND, Inger-Johanne. Polycontextuality as an alternative to constitutionalism. In: JOERGES, Christian; SAND, Inger-Johanne; TEUBNER, Gunther (eds.). *Transnational Governance and Constitutionalism*. Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a Democracia: Os caminhos da democracia participativa*. Porto: Afrontamento, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Democracia e participação: o caso dos orçamentos participativos de Porto Alegre*. Porto: Afrontamento, 2002.
- SENARCLENS, Pierre de. *Mondialization, Souveraineté et Théories des Relations Internationales*. Paris: Armand Colin. 1998.
- STIGLITZ, Joseph. *Die Schatten der Globalisierung*. München: Goldmann, 2004.
- WEINGARTNER NETO, Jayme; VIZZOTTO, Vinícius Diniz. Ministério Público, ética, boa governança e mercados: uma pauta do desenvolvimento no contexto do direito e da economia. In: *Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- WOODS, Ngaire. Global Governance and the role of institutions. In: HELD, David; MCGREW, Anthony (eds.). *Governing Globalization. Power, authority and global governance*. Cambridge: Polity Press, 2005.
- WORD BANK. *Governance and development*. Washington D.C.: The World Bank, 1992.
- YALL, Catherine; TAIT, Joyce. *New Modes of Governance. Developing an integrated policy approach to science, technology, risk and the environment*. Edinburgh: Ashgate, 2005.
- YAMAZAKI-HONDA, Ritsuko. Territorial Policy in OECD Countries. *Planning Theory & Practice*, n. 6, 2005. p. 406-409.

*Antonio César Bochenek*

Rua Balduino Taques, n. 810  
Centro – 84010-050  
Ponta Grossa – PR – Brasil  
*cesarbochenek@hotmail.com*

PROFESSOR E COORDENADOR DO GRUPO  
DE PESQUISAS EM DIREITO DO CESCAGE  
PROFESSOR DA ESCOLA DA MAGISTRATURA FEDERAL DO PARANÁ  
DOUTOR EM DIREITO, JUSTIÇA E CIDADANIA NO SÉCULO XXI  
PELA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

*Vinicius Dalazoana*

Rua Assis Brasil, n. 707  
Jardim Carvalho – 84015-380  
Ponta Grossa – PR – Brasil  
*viniciusdalazoana@yahoo.com.br*

PÓS-GRADUANDO EM DIREITO TRIBUTÁRIO  
PELA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS  
PESQUISADOR VINCULADO À ACADEMIA BRASILEIRA  
DE DIREITO CONSTITUCIONAL

*Vinicius Rafael Rissetti*

Rua Balduino Taques, n. 810  
Centro – 84010-050  
Ponta Grossa – PR – Brasil  
*vinicius.rissetti@yahoo.com.br*

ACADÊMICO DO CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO  
PELA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONTA GROSSA



## EM BUSCA DE JUSTIÇA AO JOVEM: A DIFÍCIL ARTICULAÇÃO ENTRE OS PODERES

*Karyna Batista Sposato e Marisa Meneses de Andrade*

IN SEARCH OF JUSTICE FOR THE YOUNG:  
THE PROBLEMATIC ARTICULATION BETWEEN PUBLIC POWERS

### RESUMO

ESTE ARTIGO SE PROPÕE A ANALISAR O ALCANCE DA INICIATIVA LEVADA A CABO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) ATRAVÉS DO PROGRAMA JUSTIÇA AO JOVEM A PARTIR DE DOIS ASPECTOS CENTRAIS: A) A FORMULAÇÃO DE SUBSÍDIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DA LEI N. 12.594/2012 – SINASE POR PARTE DOS PODERES EXECUTIVOS ESTADUAIS, E B) A ELABORAÇÃO DE AUTORRECOMENDAÇÕES AO PODER JUDICIÁRIO NO ATENDIMENTO DA EXIGÊNCIA DE ESPECIALIZAÇÃO E ABRANGÊNCIA TERRITORIAL DA JUSTIÇA DA INFÂNCIA E JUVENTUDE COMO FORMA DE GARANTIR OS DIREITOS DE ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI. PARA TANTO, ALÉM DE UMA REVISÃO SOBRE O PROCESSO DE REFORMA DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO E A IMPLEMENTAÇÃO DO PRÓPRIO CONSELHO, NOS DEBRUÇAMOS SOBRE A SITUAÇÃO DO ADOLESCENTE EM PRIVAÇÃO DE LIBERDADE EM SEU COTEJO COM A CONTRIBUIÇÃO DADA PELO CNJ. NESSE PERCURSO, EVIDENCIA-SE QUE A BUSCA POR MAIS JUSTIÇA AOS JOVENS ESBARRA PARADOXALMENTE EM DECISÕES E ATOS EMANADOS DO PRÓPRIO PODER JUDICIÁRIO, ABRINDO-SE UM ESPECTRO DE REFLEXÃO EM TORNO DA DIFÍCIL ARTICULAÇÃO ENTRE O QUE RECOMENDA O CNJ E AS CRISTALIZADAS PRÁTICAS INSTITUCIONAIS.

### PALAVRAS-CHAVE

ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI; ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO; CNJ; SINASE; PROGRAMA JUSTIÇA AO JOVEM.

### ABSTRACT

THIS ARTICLE ANALYZES THE INITIATIVE OF THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL REGARDING ITS JUSTICE FOR THE YOUNG PROGRAM THROUGH TWO MAIN ASPECTS: A) THE ISSUES STATEMENTS FOR THE IMPLEMENTATION OF THE LAW N. 12.594/2012 – KNOWN AS SINASE AND B) THE ELABORATION OF SELF RECOMMENDATIONS TO THE JUDICIARY IN ORDER TO FULFILL THE NECESSITIES OF SPECIALIZATION AND TERRITORIAL COVERAGE AS A WAY TO GUARANTEE JUVENILE RIGHTS. THEREFORE, BESIDES A REVISION ABOUT THE REFORMS OF THE BRAZILIAN JUDICIAL SYSTEM, AND THE IMPLEMENTATION OF THE COUNCIL ITSELF, WE FOCUS ON THE SITUATION OF ADOLESCENTS IN PRIVATION OF FREEDOM AND THE CONTRIBUTION GIVEN THROUGH THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL. ALSO, THERE ARE EVIDENCES THAT THE SEARCH OF A FAIRER JUSTICE FOR THE YOUNG COLLIDES WITH THE ACTS AND DECISIONS OF THE JUDICIAL POWER, WHICH OPENS AN SPECTRUM OF REFLECTIONS ABOUT THE PROBLEMATIC ARTICULATION BETWEEN THE NATIONAL JUSTICE COUNCIL'S RECOMMENDATION'S AND THE ORDINARY INSTITUTIONAL'S PRACTICES.

### KEYWORDS

ADOLESCENTS IN CONFLICT WITH THE LAW; SOCIOEDUCATIVE SYSTEM; CNJ; SINASE; YOUNG JUSTICE PROGRAM.

## INTRODUÇÃO

Desde a Constituição Federal de 1988 observa-se no Brasil um intenso processo de reformulação e transmutação da órbita do Poder Judiciário e de sua atuação. Questões de ordem política que influenciam sobremaneira o cotidiano da sociedade brasileira

contemporânea acabam por desaguar no Supremo Tribunal Federal em especial. Mas não é só isso. A chamada judicialização da política, entendida como “a utilização de procedimentos judiciais para a resolução de conflitos de ordem política, tais como controvérsias a respeito de normas, resoluções e políticas em geral, adotadas/implementadas pelos poderes Executivo e Legislativo” (OLIVEIRA, 2005, p. 559), faz realçar esse novo papel institucional do Judiciário.

Quando as leis deixam de trazer uma definição concreta do objetivo do legislador, para então estabelecerem conceitos indeterminados, princípios a serem observados, transfere-se o conflito para as mãos do Judiciário, que passa também a definir qual o objetivo das normas (WATANABE, 2004. p. 44 e 45).

De outra parte, a prestação jurisdicional cada vez mais tem se constituído como serviço público, e a Justiça de maneira geral passa a ser vista também como política pública, iniciando-se então um vultoso debate acerca do conteúdo proferido em decisões judiciais e também acerca do modelo organizacional desse Poder e a maneira com que ele se relaciona com a sociedade (BOTTINI, 2009, p. 14).

Celso Campilongo esclarece que a expansão do Judiciário é fenômeno global, em grande medida associado à explosão de expectativas depositadas na Justiça. Lança o autor sete desafios de base para a administração de uma Justiça respeitada, dentre os quais nos interessa particularmente aquele que insta a burocracia judicial a perceber que, por conta de desequilíbrios sociais históricos, sua missão é menos de estabilização da ordem e mais de desestabilização da desordem; menos de garantia de direitos e mais de afirmação de direitos nunca garantidos; menos de inclusão e mais de eliminação de privilégios daqueles excessivamente incluídos; menos de politização ou de mercantilização do direito e mais, simplesmente, de aplicação do próprio direito (CAMPILONGO, 2011, p. 81).

Nessa passagem de um modelo de administração formalista e procedimentalista para outro de dimensões participativas e conteudísticas, desponta na experiência brasileira, no ano de 2004, a Emenda Constitucional n. 45, cujo objetivo esteve e está direcionado a aumentar a capilaridade do sistema judicial brasileiro, tornando-o mais acessível e ágil, viabilizando a solução institucional de certos conflitos que, em razão do excesso de tempo e da distância da justiça, terminavam por ser resolvidos na arena privada (RIBEIRO, 2008, p. 469).

Da criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela EC n. 45 e sua organização estrutural deve-se sublinhar a participação de representantes de Tribunais das mais variadas instâncias, mas também de representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, do Ministério Público e da sociedade civil – permitindo inferir que esse órgão tem por escopo funcionar como via de comunicação entre o Poder Judiciário e setores dos movimentos sociais e organizações da sociedade civil. Logo, o CNJ pode justamente simbolizar “a porta de entrada do Judiciário para as ideias, críticas e sugestões relacionadas ao funcionamento da justiça, sob a ótica de serviço público” (LAVIGNE, 2010, p. 73).

Tal perspectiva encontra ressonância na ideia de governança judicial – termo utilizado ao se tratar de medidas relacionadas à administração do Judiciário (AKUTSU; GUIMARÃES, 2012, p. 184). Conforme Akutsu e Aquino Guimarães, a governança judicial depende não somente das dimensões independência e *accountability*, mas também de dimensões relacionadas às características e circunstâncias dos órgãos do Poder Judiciário; no dizer desses autores, “recursos estratégicos do Poder Judiciário”, “acessibilidade à Justiça” e “estrutura do Poder Judiciário” (AKUTSU; GUIMARÃES, 2012, p. 192).

Esses temas estão profundamente conectados ao conceito de *accountability* no campo da Justiça. Em sentido genérico, Ilton Filho os conceitua como “necessidade de uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades” (FILHO, 2013, p. 30).

São dois os tipos clássicos de *accountability*: vertical (eleitoral e social) e horizontal. Na *accountability* vertical eleitoral, através de eleições os cidadãos podem sancionar os agentes estatais em razão da avaliação de seus atos e pelos resultados obtidos por representantes e autoridades eleitas. Já na *accountability* vertical social, a sanção é feita através das organizações da sociedade e da imprensa, seja por meio de denúncias ou de exposição pública. Agrega-se à tal diferença a possibilidade de tal sanção se destinar a agentes estatais eleitos ou não. Por último, a *accountability* horizontal, também denominada institucional, se dá quando agentes estatais podem requerer informações e justificações de outros agentes estatais, podendo inclusive sancioná-los (FILHO, 2013, p. 30).

Na história recente brasileira, a governança judicial se concretiza através da criação e funcionamento do Conselho Nacional de Justiça, ao qual compete planejar e estabelecer diretrizes gerais para o desenvolvimento de serviços de prestação jurisdicional: é papel do Conselho ordenar soluções e caminhos a respeito dos atos rotineiros de administração do Judiciário (BOTTINI, 2009, p. 71).

Nesse sentido, há um aspecto singular na atuação do CNJ no tocante ao monitoramento e fiscalização do sistema de controle penal brasileiro, não só resultando na construção de um novo olhar para a política penitenciária do país mas também almejando o aprimoramento do sistema de atendimento socioeducativo destinado aos adolescentes em conflito com a lei.

Com foco nesse contexto particular, analisamos o alcance do Programa Justiça ao Jovem realizado pelo Conselho Nacional de Justiça, procurando discutir sua capacidade de irradiação positiva no cenário de recente implementação da Lei n. 12.594/2012 conhecida como Lei do SINASE. Também discutiremos a paradoxal contradição entre as recomendações tecidas ao Poder Judiciário no atendimento da exigência de especialização e abrangência territorial da justiça da infância e juventude como forma de

garantir os direitos de adolescentes em conflito com a lei e as decisões e atos emanados do próprio Poder Judiciário em franca oposição aos ditames legais relacionados ao sistema de atendimento socioeducativo.

Se por um lado é inegável que os resultados do Programa Justiça ao Jovem repercutem na política de atendimento a adolescentes em conflito com a lei, impactando os poderes executivos em seus três níveis de governo (federal, estadual e municipal), a mesma ressonância parece não se verificar no âmbito da própria Justiça.

A tematização desses aspectos se desenvolve neste artigo em cinco seções. A seção 1 aborda o Programa Justiça ao Jovem, desenvolvido pelo CNJ em face da execução da medida socioeducativa de internação no país. A seção 2 discute o papel do Judiciário no monitoramento e fiscalização das medidas socioeducativas, sem que isso represente qualquer interferência nas prerrogativas de competência do Poder Executivo. A seção 3 aborda a necessidade de especialização da justiça da infância e juventude para o adequado trato de questões referentes ao adolescente, e a seção 4 analisa criticamente uma recente decisão emanada do Supremo Tribunal Federal em franca contradição às diretrizes legais e recomendações do próprio Conselho Nacional de Justiça. Por derradeiro, apresentam-se algumas considerações finais.

## **I O PROGRAMA JUSTIÇA AO JOVEM**

A Lei n. 12.106/2009, no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, criou o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ). Segundo Ilton Filho, mediante a atuação desse Departamento, o Conselho “realiza *accountability* horizontal sobre os agentes estatais que atuam nos referidos sistemas” (FILHO, 2013, p. 43). Dentre os objetivos desse Departamento, especificados no artigo 1º da Lei, estão: monitorar e fiscalizar o cumprimento das recomendações e resoluções do Conselho em relação à medida de segurança e de internação de adolescentes (inciso I) e acompanhar e monitorar projetos relativos à abertura de novas vagas e ao cumprimento da legislação pertinente em relação ao sistema de execução de medidas socioeducativas (inciso VI).

A atuação do Conselho para o aperfeiçoamento do sistema de atendimento socioeducativo se concentra no desenvolvimento do Programa Justiça ao Jovem, que vem a público mediante divulgação no ano de 2010 pelo DMF/CNJ. O Programa visou realizar uma radiografia nacional a respeito da maneira como se dá a execução da medida socioeducativa de internação, garantindo aos socioeducandos os direitos previstos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e pela Lei n. 12.594/2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE).<sup>1</sup>

Por meio do Programa Justiça ao Jovem realizou-se um estudo de campo em todos os estados da Federação, incluindo o Distrito Federal, visando abordar as condições estruturais físicas das unidades de internação, o atendimento prestado ao adolescente

em cumprimento de medida de internação e a forma de tramitação dos processos de execução de medida socioeducativa. Tal estudo teve como resultado o relatório *Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação*. Nesse documento destaca-se que a principal finalidade do trabalho então desenvolvido é aportar subsídios à atuação do Conselho Nacional de Justiça na adoção de políticas orientadoras para o Sistema de Garantia de direitos dos jovens que cumprem medida socioeducativa de internação (CNJ, 2012 i, p. 7).

A investigação social sobre a situação em que vivem os adolescentes internados sob cuidado do Estado levada a cabo pelo Programa Justiça ao Jovem representa um trabalho sem precedentes no âmbito da pesquisa empírica sobre o sistema de Justiça Infantojuvenil, não só devido a sua abrangência geográfica e institucional como também – e sobretudo – em face de seu protagonista: o observador é propriamente um órgão jurisdicional voltado a garantir uma melhor atuação e funcionamento do próprio sistema de justiça. É dizer que, através da realização de diagnóstico sobre a execução das medidas socioeducativas, como enfatiza o próprio Conselho, pode-se construir políticas bem orientadas para o aperfeiçoamento do sistema de Justiça (CNJ, 2012 i, p. 9). Em outras palavras, conhecer em profundidade a execução da medida socioeducativa possibilita identificar caminhos para o aperfeiçoamento da própria justiça.

## 2 JUSTIÇA E POLÍTICA SOCIOEDUCATIVA

O artigo 88, inciso V, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), define como diretriz para a política de atendimento a integração operacional de órgãos do Judiciário, Ministério Público, Defensoria, Segurança Pública e Assistência Social, preferencialmente em um mesmo local, para efeito de agilização do atendimento inicial a adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional.

Assoma-se a compreensão de que o Sistema de Garantia de Direitos inclui princípios e normas que regem a política de atenção aos adolescentes, cujas ações são promovidas pelo Poder Público, em suas três esferas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e, também, pela sociedade civil, sob três eixos: promoção, defesa e controle social. A opção pela forma de sistema objetiva melhor ordenar os inúmeros quesitos que permeiam a temática, reduzindo-se, dessa maneira, a complexidade intrínseca do atendimento aos direitos desse público (CEDCA/PE, 2010).

É de se observar que a crescente participação do Poder Judiciário na definição e determinação de políticas públicas tem resultado em uma nova configuração para a repartição de poderes. Resta pacífico o entendimento de que a execução das medidas socioeducativas é matéria de competência exclusiva do Poder Executivo – em seus dois níveis de governo, ou seja, estadual, para as medidas privativas da liberdade, e

municipal, para as executadas em meio aberto. Em contrapartida, é certo que cabe ao juiz – compreendendo a prestação jurisdicional como serviço público – promover ações que concretizem os direitos e garantias do adolescente, principalmente quando custodiado pelo Estado.

Maria Tereza Sadek aponta duas faces do Poder Judiciário. Uma diz respeito à função jurisdicional de prestação de serviços, cuja atuação é pautada em arbitrar conflitos e garantir direitos. A outra face é a política, de poder de Estado, propiciada pela Constituição de 1988 ao conceder ao Judiciário capacidade para agir politicamente, “quer questionando, quer paralisando políticas e atos administrativos, aprovados pelos poderes Executivo e Legislativo, ou mesmo determinando medidas, independentemente da vontade expressa do Executivo e da maioria parlamentar” (SADEK, 2004). A pesquisadora explica que a Carta Política de 1988, resultante de um processo de redemocratização, não tem pretensão exclusiva de limitar o poder absoluto e assegurar direitos; quer também ser instrumento de realização da justiça social e da promoção de direitos. Consequentemente, “o foco central passa a estar em questões concretas, de natureza social, política e econômica”, o que faz embaçar as divisas entre o direito e a política (SADEK, 2004).

No mesmo sentido estão as considerações lançadas por Campilongo, quando elabora a distinção entre o Direito como regras do jogo, no Estado liberal, e o Direito como instrumento que viabiliza as metas, no Estado de Bem-Estar social (CAMPILONGO, 2011, p. 148). O autor aprofunda ainda mais sua reflexão na esteira do que defende Sabino Cassese, segundo o qual “a normatividade jurídica caminha para uma terceira etapa: nem regra do jogo, nem objetivo das regras, mas um ‘jogo com as regras’. Ora, o direito, apesar de não se confundir com a política, sempre terá repercussão sobre a política”. (CAMPILONGO, 2011, p. 148).

Não é outro o entendimento que deriva da combinação entre a Lei do SINASE, enquanto marco regulatório de todo o sistema de atendimento socioeducativo (e por consequência, de toda a política socioeducativa) e a Resolução n. 165/2012 do CNJ, que normatiza a ampliação da presença e atuação do Poder Judiciário.<sup>2</sup>

Nessa perspectiva, o Programa Justiça ao Jovem representa um ponto de partida de substancial significado para a operacionalização do sistema de atendimento no âmbito dos poderes executivos sob novas bases e para a conscientização do próprio Poder Judiciário no que diz respeito ao problemático panorama encontrado na execução de medidas socioeducativas de internação.

### **3 ESPECIALIZAÇÃO DA JUSTIÇA COMO CONDIÇÃO DE JUSTIÇA**

Conforme apontam as Nações Unidas, em alguns países os jovens em conflito com a lei são tratados pelo sistema de justiça criminal pertinente aos adultos. Não existe, nesses casos, uma justiça especial, e, sendo assim, tais adolescentes não são tratados de

acordo com sua condição peculiar de desenvolvimento, e podem passar por polícias, juízes, tribunais e prisões comuns. Já em outros Estados existem legislações e instituições particularizadas para as crianças e adolescentes, conformando um sistema de justiça juvenil. Nos países onde tal sistema especializado existe, à exceção dos lugares em que ele funciona como parte do sistema de justiça criminal adulto, há uma preocupação crescente em se construir instituições ou elaborar procedimentos específicos para jovens, tais como tribunais juvenis ou polícias juvenis (ONU, 2009).

Em verdade, a especialização da justiça da infância e juventude guarda profunda relação com a recomendação derivada da Convenção Internacional das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança e outros instrumentos internacionais no âmbito das Nações Unidas, no tocante ao estabelecimento de uma idade mínima para o início da responsabilidade de menores de 18 anos que praticam infrações penais. Tal estabelecimento reflete o reconhecimento da dignidade humana de todo adolescente, o que impõe a existência de uma justiça especializada que introduza em seu funcionamento o critério de sanção mais adequado para cada caso concreto, com atenção à condição peculiar de desenvolvimento em que o adolescente se encontra (SPOSATO, 2013, p. 226).

Por tais razões, o ECA dita a especialização da justiça nos temas da infância e juventude. Em seu artigo 145, por exemplo, há a previsão de que os estados e o Distrito Federal criem varas especializadas e exclusivas da infância e da juventude, dando responsabilidade ao Poder Judiciário de estabelecer sua proporcionalidade por número de habitantes, dotá-las de infraestrutura e dispor sobre o atendimento.

Com o intuito de reforçar a orientação para a instalação de Varas da Infância e Juventude e oferecer um direcionamento mais incisivo para o sistema de justiça, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) aprovou a Resolução n. 113/2006. Tal Resolução, em seu art. 9º, inciso I, estabelece que o Poder Judiciário, o Ministério Público, as Defensorias Públicas e a Segurança Pública deverão ser instados no sentido da exclusividade, especialização e regionalização dos seus órgãos e de suas ações, garantindo a criação, implementação e fortalecimento de Varas da Infância e da Juventude específicas, em todas as comarcas que correspondam a municípios de grande e médio porte ou outra proporcionalidade por número de habitantes, dotando-as de infraestruturas e prevendo regime de plantão para elas.

Outro estudo realizado em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça – através do Departamento de Pesquisas Judiciárias (DPJ) –, pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) – através da Diretoria de Políticas e Estudos Sociais (Disoc) – e pela Diretoria de Políticas do Estado, das Instituições e da Democracia (Diest) buscou apurar a configuração da justiça especializada no Brasil e propiciou métodos para subsidiar a atuação do CNJ na adoção de políticas orientadoras para admissão e funcionamento das varas da infância e juventude (CNJ, 2012 ii, p. 7).

Devido à complexidade e à especificidade dos temas que afetam a vida de adolescentes, a justiça infantojuvenil se mostra como uma alternativa essencial para responder

às demandas judiciais que permeiam a realidade dos jovens, situação que demanda um trâmite processual distinto do comum e exige preparo e estrutura diferenciada para lidar com questões sociais e afetivas intensas no meio familiar e comunitário (CNJ, 2012 ii, p. 9).

O estudo resultou no relatório de pesquisa *Justiça Infantojuvenil – Situação atual e critérios de aprimoramento*, que avalia os perfis sociodemográficos das comarcas brasileiras, analisa os perfis estrutural e forense das varas com competência em matérias de infância e juventude e averigua as regiões do país quanto à necessidade de investimentos do Judiciário nessa área.

Importa mencionar que, dentre as considerações elaboradas nesse relatório acerca das lacunas existentes na estrutura das varas da infância e juventude, na investigação do critério de juízes titulares em atuação na vara obteve-se o índice nacional de 69% de juízes lotados nas varas exclusivas, o que significa que são 67 titulares atuando nas 91 unidades respondentes. Já em varas cumulativas – responsáveis por demandas não só da infância e juventude, mas também da família e do idoso –, esse índice apontou 82% do total de titulares em atividade. A despeito de os números parecerem bons em um primeiro momento, há que se levar em consideração que a presença de um juiz titular exclusivo não é elemento suficiente para a devida prestação jurisdicional, mas, no caso em voga, muito mais importante é se indagar a respeito do perfil do magistrado – vocação, especialização e disponibilidade –, por ser esse um “requisito imprescindível ao enfrentamento de causas relativas à infância e juventude” (CNJ, 2012 ii, p. 51).

Destaque-se a constante atuação do CNJ ao emitir recomendações específicas aos Sistemas Estaduais de Atendimento Socioeducativo, no âmbito dos poderes executivos estaduais. É o que se observa em recente recomendação para o Estado de Minas Gerais. No mês de outubro de 2013, em Audiência Pública organizada pela Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, o juiz auxiliar da presidência do CNJ propôs uma parceria entre os três Poderes para a adoção de medidas para melhorias do sistema socioeducativo estadual. De acordo com o pronunciamento do magistrado, a superlotação das unidades de internação da capital Belo Horizonte é um dos maiores problemas enfrentados pelo sistema socioeducativo mineiro, haja vista a escassez desses estabelecimentos no interior do estado, sendo igualmente grave a deficiência técnica e numérica no quadro pessoal (AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS, 2013).

É fundamental refletir que o atual modelo de atendimento socioeducativo padece de velhas práticas e concepções que não só impedem que o novo surja e se consolide como ocultam a maximização do controle penal sobre os adolescentes. Muitas vezes, sob a imagem de um argumento protetivo, atende-se a um modelo maximizado de Direito Penal juvenil, desformalizado no que se refere à imposição das consequências jurídico-penais ao delito juvenil e altamente inflexível em sua execução (SPOSATO, 2013, p. 103).

#### 4 A REFRAÇÃO DA PRÓPRIA JUSTIÇA

No curso desta reflexão parece inquestionável a contribuição do Conselho Nacional de Justiça ao sistema de atendimento socioeducativo, especialmente depois que entrou em vigor a Lei n. 12.594/2012, na qual se redefinem desafios concretos para dar materialidade e obediência à lei em matéria de execução e financiamento dos programas socioeducativos e das medidas deles derivados.

Contudo, se no campo da política de atendimento a irradiação desses resultados é facilmente percebida, o mesmo não se pode dizer para a Justiça em seu âmbito próprio de decisão e funcionamento. A recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em caráter liminar, legitimando a superlotação de uma unidade de internação em 15% de sua capacidade no Estado de São Paulo, coloca em xeque a capacidade de interferência positiva e transformadora dos mecanismos do CNJ para dentro de seu próprio espaço de operação. Vejamos.

Conforme art. 6º do Provimento n. 1.436/07 do Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo, institui-se como competência do Poder Executivo, a transferência de adolescentes em cumprimento de medida de internação – no caso em estudo, papel desempenhado diretamente pela Fundação CASA –, respeitando-se o requisito da aproximação familiar e a necessidade de se informar tal transferência ao Juízo onde o adolescente se encontra internado provisoriamente ou em regime de semiliberdade, e para o qual ele foi transferido. O parágrafo único do art. 7º desse mesmo Provimento prevê que em caráter excepcional, na hipótese de superado o número de vagas da unidade, caberá à Fundação CASA ou atender os adolescentes na unidade, sem ultrapassar o percentual de 15% da capacidade estabelecida na portaria, ou removê-los para outras unidades próximas com mesma elegibilidade e área de abrangência ou, ainda, removê-los para as unidades da capital.

O Conselho Nacional de Justiça, por meio do Procedimento de Controle Administrativo n. 004636-19.2012.2.00.0000, considerou ilegal os dispositivos supracitados. Em resposta a esse entendimento, o Tribunal de Justiça de São Paulo impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar ao Supremo Tribunal Federal (STF), cuja decisão, proferida pelo ministro Dias Toffoli, relator da ação, foi lamentavelmente em sentido contrário à cognição do CNJ.

Dias Toffoli, em sua decisão, faz referência à petição inicial impetrada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, e diz que “ao determinar que incumbiria ao Juiz de Direito a escolha da unidade de internação em que será cumprida a medida socioeducativa de adolescente infrator, o CNJ não reconheceu a competência do Poder Executivo para tratar do assunto, pois a gestão de vagas nessas unidades é feita com a visão do todo, que não é do conhecimento de cada magistrado, individualmente”. Para ele, compete ao Poder Executivo promover as transferências e as remoções dos adolescentes infratores, havendo contudo uma fiscalização dessa atuação por parte do Poder Judiciário. Acresce o ministro que o tema referente à transferência de adolescentes de uma unidade para

outra envolve uma variada gama de áreas de conhecimento, com a intervenção de profissionais de diversas habilidades técnicas. Como compete ao Poder Executivo exercer a direção da Administração Pública, insere-se dentro dessa sua competência o gerenciamento de vagas nas unidades de cumprimento de medidas socioeducativas. Para ele, ademais, já há norma legal, editada pelo próprio CNJ (Resolução n. 165/12, artigo 6º, § 2º), determinando que o magistrado responsável pela fiscalização da unidade seja comunicado em 24 horas sobre eventual transferência e aprecie a legalidade da medida (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Processo: Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31902. Relator: Min Dias Toffoli., 2013).

O ministro justificou sua posição sobre o entendimento de que as transferências possibilitam ao jovem internado a proximidade com sua família – circunstância abrigada pelo princípio do melhor interesse do adolescente –, ainda que não se imponha nenhuma regra nesse sentido à Fundação CASA, reconhecendo assim como legal o art. 6º do Provimento n. 1.436/07 do CSM-SP.

A decisão causa espécie na perspectiva de André Feitosa Alcântara, membro do Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), que pondera que essa decisão pode abrir portas para violações de direitos dos adolescentes que cumprem medida de internação (MARETTI, 2013), em seu agudo contraste com todo o trabalho que vem sendo realizado pelo Conselho Nacional de Justiça.

Para conferir legalidade ao parágrafo único do art. 7º do referido Provimento, que autoriza a tolerância de até 15% de superlotação na capacidade das unidades de internação, Dias Toffoli argumentou que tal norma visa resguardar os melhores interesses dos adolescentes infratores, isto é, permanecerem internados em locais próximos às suas residências. O ministro procurou fundamentar sua decisão através de dados numéricos: em São Paulo há 8.400 adolescentes custodiados, sendo o número de vagas igual a 7.800 divididas em 116 unidades de internação. “São números que impressionam e falam por si, a demonstrar a magnitude do problema enfrentado para gerenciar tal agigantado sistema” (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Processo: Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31902. Relator: Min Dias Toffoli., 2013).

Se analisarmos a decisão tomando como referência algumas ponderações de François Ost, segundo as quais é no jogo da interpretação do direito que o juiz tem a oportunidade não só para se manifestar ou contradizer sua adesão ao sistema jurídico vigente, seus interesses e valores, mas também sua solidariedade e defesa da ordem social estabelecida (OST; KERCHOV, 2001. p. 301), poderemos nos questionar sobre o que efetivamente dizem tais números: o princípio da excepcionalidade na aplicação da medida de internação está sendo respeitado? De quem é o melhor interesse atendido quando o Supremo Tribunal Federal legitima a superlotação de uma unidade de internação? Que tipo de atendimento socioeducativo pode ser realizado em um contexto de superlotação? Quais os efeitos da privação de liberdade nessas condições?

Aqui reside a paradoxal contradição. Se é verdade que o direito é uma mediação entre a política e a ética, deflagra-se a conveniência de que se articule o realismo das observações sociopolíticas, de um lado, às exigências normativas, de outro (OST; KERCHOV, 2001, p. 14).

De acordo com a ponderação do representante do MNDH, a concessão de liminar pelo Supremo pode incentivar os demais juízes a adotar a medida de internação como solução, deixando de utilizá-la como medida excepcional que deve ser, conforme determinação expressa no art. 121 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e no art. 35 do SINASE. “A decisão reafirma a posição de alguns juízes que entendem que a internação deve ser adotada corriqueiramente.” E, por permitir que se exceda o limite de vagas em 15%, pode também fazer com que o Executivo se acomode com a quantidade de vagas e as unidades que possui, deixando de empreender esforços para o aprimoramento das unidades (MARETTI, 2013) – e conseqüentemente, o aprimoramento de todo o sistema.

Ora, não há como se pensar que o princípio da excepcionalidade da imposição de medidas de privação de liberdade esteja sendo respeitado quando, de acordo com dados fornecidos pelo próprio Conselho Nacional de Justiça, ao se analisar a sobrecarga das unidades de internação nacionais constata-se que no Brasil não restam vagas, haja vista a taxa de ocupação das unidades chegar a 102% (CNJ, 2012 i, p. 39).

Dias Toffoli, em sua decisão, discorre que o Estado de São Paulo, por ser o mais desenvolvido e o mais populoso da Federação, enfrenta “problemas hercúleos nesse campo, que requerem medidas drásticas para que sejam devidamente equacionados, sempre procurando resguardar o decantado melhor interesse dos adolescentes”. Remete aqui o ministro ao direito que tem o adolescente de ser internado em unidade próxima à residência de sua família (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal, Processo: Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31902. Relator: Min Dias Toffoli. 2013).

Todavia, uma linha de raciocínio que autoriza a superlotação em 15% vai de encontro às recomendações legais do ECA e SINASE e às recomendações institucionais do Programa Justiça ao Jovem. Sustentar um posicionamento diametralmente oposto ao que prega o Estatuto, a lei do SINASE e os estudos produzidos pelo Conselho Nacional de Justiça, embasando-se no princípio do melhor interesse do adolescente, parece eufemisticamente ilógico.

José Rodrigo Rodriguez e Carolina Cutrupi Ferreira chamam atenção para a necessidade de se refletir sobre a qualidade da fundamentação das sentenças. Em um contexto democrático, “fundamentações deficientes (...) marcadas por uma argumentação incoerente, mesmo que construída a partir de material jurídico (...) podem contribuir para o enfraquecimento do Estado de Direito (...)” (FERREIRA; RODRIGUEZ, 2013, p. 257).

O melhor interesse do adolescente não pode ser utilizado como justificativa para a superlotação de unidades de internação, pois em sentido inverso visa que os atores

do sistema judicial não operem unicamente sob a lógica do castigo. O princípio do melhor interesse reforça o entendimento de que o sistema de justiça juvenil deve ser exercido a partir de uma interpretação sistemática e abrangente do ECA, como forma de garantir que o direito penal juvenil seja subsidiário às demais disposições de lei e, sobretudo, reduza-se à menor intervenção possível na vida e desenvolvimento do adolescente. De maneira semelhante, o princípio também interfere na execução das medidas. O melhor interesse do adolescente implica não só o estrito respeito ao princípio da proporcionalidade quando da imposição da medida socioeducativa, como também (e de forma igualmente importante) a percepção das condições objetivas do cumprimento da medida escolhida para o adolescente (SPOSATO, 2006, p. 110 e 111).

Isso posto, legalizar a superlotação em 15% da capacidade institucional de custódia de adolescentes parece atender exclusivamente a interesses de ordem pragmática e punitivo-simbólica que não dizem respeito à decisão: “infelizmente, a prática de atos infracionais (alguns marcados por rara crueldade e acentuada violência) aumenta gradativamente, a impor ao Poder Judiciário a tomada de medidas enérgicas” (BRASÍLIA, Supremo Tribunal Federal. Processo: Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31902. Relator: Min Dias Toffoli., 2013).

Ademais, não parece justificável que a Corte Suprema decida adiando o pleno cumprimento da legislação vigente aplicável à matéria. Cabe lembrar as palavras de Dworkin quando diz que quando o governo não leva os direitos a sério, evidentemente não leva a lei a sério. (DWORKIN, 2011, p. 314).

Outro exemplo eloquente da difícil articulação entre o que recomenda o Conselho Nacional de Justiça e as práticas efetivadas nos Tribunais, também no nível estadual de jurisdição, se refere ao caso ocorrido em 2007 no Estado do Pará, que teve desdobramentos recentes.

Entre os meses de outubro e novembro de 2007, a mandado da juíza Clarice Maria de Andrade Rocha, a adolescente L. A. B. A., de 15 (quinze) anos de idade, que cometeu ato infracional equiparado a tentativa de furto, foi presa por 26 (vinte e seis) dias em uma cela, dentro da Delegacia de Polícia da cidade de Abaetetuba (PA), na presença de 20 (vinte) homens. Durante os dias em que lá passou, a adolescente sofreu tortura e abuso sexual.

O caso foi denunciado pelo Conselho Tutelar do Município de Abaetetuba, e o CNJ abriu processo administrativo contra a magistrada. No julgamento administrativo, que ocorreu no ano de 2010, o Conselho entendeu, por unanimidade, que a juíza tinha conhecimento da situação da vítima e que havia adulterado data de ofício para a Corregedoria Geral do Estado, em que pedia a transferência da menor de idade quando já era tarde demais. O CNJ determinou a aposentadoria compulsória à magistrada.

A Associação de Magistrados do Pará (Amepa) entrou então com recurso no Supremo Tribunal Federal contra a decisão proferida pelo CNJ, julgado em 2011 –

oportunidade em que a Suprema Corte entendeu que a punição estipulada pelo Conselho fora exagerada, anulando portanto a aposentadoria da juíza Clarice Maria de Andrade Rocha. No último dia 2 de outubro de 2013, o Tribunal de Justiça do Pará promoveu a juíza por meio do critério de “merecimento”.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O percurso reflexivo ora proposto buscou destacar o papel pioneiro e inovador do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no trato do sistema socioeducativo brasileiro, colocando em relevo o papel de fiscalização, monitoramento e de gestão de informações que o sistema de justiça possui nesse cenário.

O processo de normatização do SINASE e a recente aprovação da Lei n. 12.594/2012 são evidências de um momento sociopolítico de extrema relevância para a reorganização dos serviços e políticas públicas voltadas aos e às adolescentes em conflito com a lei no país, o que vem exigindo a reorientação de práticas institucionais até então cristalizadas em uma lógica ainda tutelar e em alguns casos altamente punitivo-repressiva. Para tanto, são necessários instrumentos e mecanismos mais eficazes de diagnóstico, monitoramento e avaliação.

A natureza e a abrangência da intervenção judicial em sua intersecção com o sistema de atendimento socioeducativo favorece o acúmulo e a sistematização de informação privilegiada, fundamental para o aperfeiçoamento do atendimento socioeducativo e da própria Justiça.

Contudo, um largo caminho ainda carece ser percorrido. Desafiadoramente parecem residir, no campo próprio de operação e funcionamento do Conselho, os maiores entraves que se traduzem pela necessária transformação e superação de lógicas decisionistas que priorizam razões de Estado em detrimento dos direitos e garantias individuais, como se revela nitidamente nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), legitimando a superlotação de uma unidade de internação em 15% de sua capacidade e anulando a aposentadoria de uma magistrada responsável pelo encarceramento de uma adolescente em uma cela com 20 (vinte) homens, durante quase 1 (um) mês.

Considerando o advento da Lei n. 12.594/2012, mais conhecida como Lei do SINASE, como novo marco regulatório para todo o sistema de atendimento socioeducativo, e tendo em vista a crescente ampliação da governança judicial atrelada à compreensão da prestação jurisdicional como serviço público, lançado está um novo desafio para o Conselho Nacional de Justiça: não só contribuir para melhor atuação e funcionamento do próprio sistema de justiça, na adoção de caminhos orientadores para a admissão e funcionamento das varas da infância e juventude como também operar um verdadeiro reordenamento institucional, com profunda alteração da cultura política e efetiva irradiação sobre os operadores de direito.

Destaque-se ainda que sua contribuição não se restringe a esse campo, e nos demais espaços de análise e produção de conhecimento técnico-jurídico cabe valorizar e fazer valer as recomendações do CNJ relacionadas ao sistema de medidas socioeducativas. São igualmente estratégias em busca de mais justiça ao jovem.

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 31/07/2013

## NOTAS

1 O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE é a política pública referente à implementação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, como resposta ao envolvimento de adolescentes com a prática de atos infracionais. A construção do SINASE tem como protagonistas o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA em conjunto com a Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNPDCA) com o objetivo de normatizar e harmonizar as práticas de gestão e execução em torno do atendimento socioeducativo.

2 Art. 21. Cabe ao Poder Judiciário, sem prejuízo das competências do Ministério Público, fiscalizar a execução dos programas socioeducativos em meio aberto e aqueles correspondentes às medidas privativas de liberdade, zelar pelo efetivo respeito às normas e princípios aplicáveis à modalidade de atendimento prestado e pela qualidade e eficácia das atividades desenvolvidas, observado o disposto nos arts. 90, § 3º, incisos I e II, e 95 do Estatuto da Criança e do Adolescente e o disposto na Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012 (*Resolução n. 165. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA*. 2012).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA CNJ DE NOTÍCIAS. *CNJ recomenda união de esforços para melhorar o sistema socioeducativo de Minas Gerais*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/26509-cnj-recomenda-uniao-de-esforcos-para-melhorar-o-sistema-socioeducativo-de-minas-gerais>>. Acesso em: 9 out. 2013.

AKUTSU, L; GUIMARÃES, T. Dimensões da Governança Judicial e sua Aplicação ao Sistema Judicial Brasileiro. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 8, n. 1, pág. 183-202, 2012.

BOTTINI, Pierpaolo. Modernização do Poder Judiciário. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2009. (*Cadernos de Administração da Justiça – Planejamento Estratégico 2009*: módulo 6).

BRASIL. *Lei n. 8.069*, de 13 de julho de 1990.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.106*, de 02 de dezembro de 2009.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.594*, de 18 de janeiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança 31902. Impetrante: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Impetrado: Presidente do Conselho Nacional de Justiça*. Relator: Min., Dias Toffoli. Brasília, 26 de fevereiro de 2013.

BRASIL – CNJ. *Resolução n. 165*, de 16 de novembro de 2012.

BRASIL – Conanda. *Resolução n. 113*, de 19 de abril de 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e Diferenciação social*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- CEDCA/PE – Conselho Estadual de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente de Pernambuco. *Plano de Reordenamento de Sistema Socioeducativo do Estado de Pernambuco*, 2010.
- CNJ. *Justiça Infantojuvenil – Situação atual e critérios de aprimoramento*. Conselho Nacional de Justiça. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2012.
- \_\_\_\_\_. *Panorama Nacional – A Execução das Medidas Socioeducativas de Internação*. Conselho Nacional de Justiça. 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- FERREIRA, Carolina Cutrupi; RODRIGUEZ, José Rodrigo. Como decidem os juízes? Sobre a qualidade da jurisprudência brasileira. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.); SILVA, Felipe Gonçalves (Coord.). *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FILHO, I. N. R. Accountability e Independência Judiciais: Uma Análise da Competência do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, v. 21, n. 45, pág. 29-46, 2013.
- LAVIGNE, Rosane M. Reis. *Política judiciária no Conselho Nacional de Justiça: e a perspectiva de gênero?*. Dissertação (mestrado). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2010.
- MARETTI, Eduardo. *Decisão de Toffoli aceita violação de direitos de menores infratores*. Disponível em: <[http://www.mndh.org.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=3262](http://www.mndh.org.br/index.php?option=com_content&task=view&id=3262)>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Manual para a Mensuração de Indicadores de Justiça Juvenil*. Nova York, 2006.
- OST, François; KERCHOV, Michel van de. *Elementos para una Teoría Crítica Del Derecho Colección Teoría y Justicia*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: Editorial Unibiblos, 2001.
- REDAÇÃO (Revista Forum). CNJ proíbe que Fundação Casa exceda limite de internações. *Revista Forum*, 5 de novembro de 2012. Disponível em: <<http://revistaforum.com.br/spressosp/2012/11/cnj-proibe-que-fundacao-casa-exceda-limite-de-internacoes/>>. Acesso em: 25 jul. 2013.
- RIBEIRO, L. A Emenda Constitucional 45 e a Questão do Acesso à Justiça. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, pág. 465-492, 2008.
- SPOSATO, Karyna Batista. *Direito Penal de Adolescentes – elementos para uma teoria garantista*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *O Direito Penal Juvenil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

### Karyna Batista Sposato

Universidade Tiradentes  
Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)  
Avenida Murilo Dantas, n. 300  
Campus Farolândia, Bloco F – 49032-490  
Aracaju – Sergipe – Brasil  
[karyna.sposato@pq.cnpq.br](mailto:karyna.sposato@pq.cnpq.br)

COORDENADORA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO  
EM DIREITO DA UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT) /  
MESTRADO EM DIREITOS HUMANOS  
DOCTORA EM DIREITO

### Marisa Meneses de Andrade

Universidade Tiradentes  
Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD)  
Avenida Murilo Dantas, n. 300  
Campus Farolândia, Bloco F – 49032-490  
Aracaju – Sergipe – Brasil  
[mah.deandrade@hotmail.com](mailto:mah.deandrade@hotmail.com)

GRADUANDA EM DIREITO PELA  
UNIVERSIDADE TIRADENTES (UNIT)



# Outros temas



## CONCEPTO DE TRIBUTO: UNA PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL-ESPAÑA

*José Marcos Domingues e Clemente Checa González*

THE CONCEPT OF TAX: A COMPARATIVE PERSPECTIVE BRAZIL-SPAIN

### RESUMO

SE ANALIZAN EN ESTE TRABAJO EL CONCEPTO DE TRIBUTO, ASÍ COMO LOS DIVERSOS ELEMENTOS CARACTERIZADORES QUE LO CONFORMAN, TANTO DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO BRASILEÑO COMO DESDE LA ÓPTICA DEL DERECHO ESPAÑOL, EXAMINÁNDOSE TAMBIÉN LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DEBEN GUIAR SU IMPLANTACIÓN, EN ESPECIAL EL DE CAPACIDAD CONTRIBUTIVA, NO ATENDIDO EN NUMEROSAS OCASIONES POR EL LEGISLADOR, Y TAMPOCO EXIGIDO CON TODO EL RIGOR QUE EL MISMO MERECE POR LOS TRIBUNALES. SE EFECTÚA ASIMISMO UN DETENIDO ANÁLISIS DEL FENÓMENO DE LA EXTRAFISCALIDAD, CADA VEZ DE MÁS AMPLIA UTILIZACIÓN EN TODOS LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICO-TRIBUTARIOS. ESTE ESTUDO COMPARADO PROCURA PRESENTAR LAS SINTONIAS Y LAS DIVERSIDADES DE ENFOQUE DE UN INSTITUTO FUNDAMENTAL PARA EL ESTADO DE DERECHO DE FORMA A CONTRIBUIR PARA EL ENRIQUECIMIENTO DEL ESTUDO CIENTÍFICO A TRAVÉS DEL OJAR DEL OTRO SOBRE AMBIENTE CULTURAL DIVERSO.

### PALAVRAS-CHAVE

TRIBUTO; CLASES DE TRIBUTOS; IMPUESTOS; TASAS; CONTRIBUCIONES ESPECIALES; CAPACIDAD CONTRIBUTIVA; EXTRAFISCALIDAD.

### ABSTRACT

THIS WORK ANALYSES THE CONCEPT OF TRIBUTE AS WELL AS THE RESPECTIVE CONFORMING ELEMENTS, FROM THE PERSPECTIVE OF BOTH THE BRAZILIAN AND SPANISH LEGAL SYSTEMS, ALSO GOING THROUGH THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES WHICH MUST GUIDE ITS IMPLEMENTATION, SPECIALLY THE ABILITY TO PAY PRINCIPLE, NOT OBSERVED BY LEGISLATION IN A NUMBER OF SITUATIONS, NEITHER CLOSELY IMPOSED BY COURTS AS REQUIRED. FURTHERMORE, IT GOES THROUGH A DETAINED ANALYSIS OF THE PHENOMENON OF NONFISCAL TAXATION WHICH HAS HAD AN INCREASINGLY BROAD USE IN ALL TAX SYSTEMS. THIS COMPARATIVE STUDY INTENDS TO PRESENT THE SIMILARITIES AND DIVERSITIES IN APPROACHING A FUNDAMENTAL INSTITUTE FOR THE RULE OF LAW SO AS TO CONTRIBUTE TO THE ENRICHMENT OF SCIENTIFIC STUDIES THROUGH THE LOOK OF THE OTHER OVER A DIVERSE CULTURAL ENVIRONMENT.

### KEYWORDS

TRIBUTE; TYPES OF TRIBUTES; TAXES; FEES; CONTRIBUTIONS; ABILITY TO PAY PRINCIPLE; NONFISCAL TAXATION.

## INTRODUCCIÓN

En la actual etapa del Estado de Derecho (que se llama y se quiere *Democrático de Derecho*), derecho tributario y derecho presupuestario, unidos en el derecho financiero, son vertientes imprescindibles en el orden iuspolítico erigido en nombre de la protección de los derechos humanos. El tributo, como se concibe en el actual estado de la civilización, ya no es solo una expresión pura y simple del poder del Estado, sino principalmente una conquista, un escudo, de la ciudadanía contra la opresión de los

gobernantes, y no solo en la medida en que responde a una finalidad pública (en el sentido de no individual del rey o del administrador), sino porque la misma atiende o se legitima por el respeto a los valores de solidaridad y fraternidad formulados y acogidos por la evolución de la humanidad, basados, en último extremo, en la dignidad de la persona (y por esta razón conquistados y positivados como derechos denominados fundamentales).

El principio general del derecho financiero del reparto equitativo de los gastos públicos se halla recogido de forma expresa en las Constituciones contemporáneas,<sup>1</sup> como en la Constitución española, según la que “Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo” [...], realizándose dicho gasto a través de una “asignación equitativa de los recursos públicos”, cuya programación y ejecución responderán “a los criterios de eficiencia y economía” (art. 31, n.1 y 2).

La Constitución Federal brasileña (CF/88) abraza los mismos principios (DOMINGUES, 2011, p. 32) en armónica conjunción con el objetivo fundamental de construir una sociedad justa y solidaria (art. 3.º, I), determinando la graduación de la carga tributaria en función de la capacidad económica<sup>2</sup> de los ciudadanos (art. 145, § 1.º). Además, establece que la Administración Pública (y, en ella, la Hacendística o Financiera) obedezca a los principios de eficiencia y de moralidad, entre otros (art. 37, *caput*, de CF/88).

Ello significa que el reparto equitativo del gasto público se expresa por una vertiente tributaria, relativa a la captación de ingresos, y por otra de naturaleza presupuestaria, atinente a la distribución de los gastos.

Desde el ángulo de la tributación, la asignación equitativa de los recursos públicos debe obedecer al principio fundamental de capacidad contributiva, tanto en su dimensión de recaudación potencial, como en su aspecto distributivo, justificando al mismo tiempo el uso obligatorio de la progresividad y selectividad fiscal; además, la tributación completa su conformación como proceso financiero justo en la medida en que sirve para los fines del desarrollo económico, a través de la progresividad y selectividad extrafiscales como instrumentos de ejecución de políticas públicas preconizadas constitucionalmente o acordes con los valores protegidos por el ordenamiento jurídico.

Desde el prisma presupuestario, dicho reparto equitativo del gasto público exige eficiencia en la gestión de los recursos financieros recaudados por el Estado; de esto depende la intensidad de la tributación y la calidad de atención a las políticas públicas definidas a través de las dotaciones presupuestarias. Políticas públicas eficientes pueden ahorrar recursos, determinando una reducción de la carga tributaria o mitigando las presiones para aumentarla.

Este artículo presenta las características principales del concepto de tributo en Brasil y en España, y los problemas planteados a sus respectivos tribunales, evaluando las similitudes y diferencias existentes en sus respectivos ordenamientos jurídicos.

## I DERECHO BRASILEÑO

### I.1 ESTADO, GASTOS E INGRESOS DEFINITIVOS. INGRESOS DERIVADOS

Como se reconoce de manera universal, el tributo es la forma más exuberante de la que se sirve el Estado para obtener recursos para la financiación de los gastos públicos. Brasil no escapa a esta regla.

Los gastos se costean por las entradas financieras (género que designa a todo el dinero que llega a las arcas públicas). Especies de ellas son los ingresos provisionales (*ingressos*) y los definitivos (*receitas*).

Los *ingressos* se configuran como meros movimientos de fondos en la contabilidad pública, no constituyendo incrementos de patrimonio, como se verifica en el caso de las cauciones<sup>3</sup> y de los préstamos<sup>4</sup> (unas y otros sujetos a redención a favor de los respectivos prestadores —depositantes o mutuantes), y de las indemnizaciones (que, por definición, recomponen el patrimonio esquilado por un acto ilícito<sup>5</sup>).

Las *receitas*, o de forma colectiva la *receita pública*, tienen en la definitividad y en el incremento patrimonial sus elementos fundamentales.

Según la llamada *clasificación alemana*, las *receitas* se dividen en originarias y derivadas, de acuerdo con los criterios<sup>6</sup> de *origen* y de *medio de obtención*. De acuerdo con esta clasificación, son *originarias*, patrimoniales o voluntarias, aquellas que provienen *de dentro* del Estado, de la explotación del propio patrimonio público (su *origen*); se obtienen sin coerción (voluntarias), mediante el concurso de voluntad del prestador (*ex voluntate*). *Derivadas*, coactivas u obligatorias son las *receitas* que vienen *de fuera*, provienen del patrimonio privado, siendo extraídas de él coactivamente, por la fuerza de la ley, sin el concurso de voluntad del deudor (*ex lege*).

Son *receitas* originarias las rentas, los foros y laudemios, y, en especial, los precios financieros.

Son derivadas las sanciones y los tributos.

Según Einaudi (*apud* BALEEIRO, 1981, p. 125-127), los precios financieros se subdividen en precios *públicos* (categoría básica), precios *políticos* y precios *cuasi-privados*. Los precios *públicos*, como los de suministro o análisis de agua, o de acceso a los locales públicos, se exigen en función del coste del bien enajenado<sup>7</sup> o del servicio prestado, en tanto que los precios *políticos*, como sucede frecuentemente con los servicios destinados a la población más desfavorecida, muchas veces ni siquiera cubren el coste citado, siendo subsidiados por los impuestos;<sup>8</sup> y los precios *cuasi-privados*, como los de venta de combustibles al consumidor, se forman en un régimen de competencia, adquiriendo por ello carácter privado, aunque son percibidos por órganos o entidades de la Administración Pública, que sirven a fines públicos.

Las sanciones son las multas y los decomisos. Las multas reprenden un ilícito; pueden ser *administrativas*, por vulneración de la legislación administrativa (de tránsito, de conductas urbanas, de salud pública), *judiciales* (debidas a condena penal) o

*tributarias* (por violación de leyes tributarias). Los *decomisos* (pérdida de propiedad) se imponen frente a la comisión de ilícitos gravísimos (en general, la confiscación de los instrumentos y del producto de los delitos;<sup>9</sup> de los bienes objeto de malversación o de contrabando; de los bienes adquiridos como resultado de peculado).

Los tributos son las *receitas* públicas derivadas por excelencia. Son el resultado de una división racional de los costes de mantenimiento del Estado entre todos los que son destinatarios de su acción, en la medida en que dispongan de poder económico para ello (capacidad contributiva).

Como seguidamente se dirá, las categorías tributarias básicas brasileñas son el impuesto, la tasa y la contribución de mejora.

## 1.2 ANTECEDENTES

El vocablo tributo procede del latín *tributum*, -i, que a su vez proviene de *tribu*, -s, ciertamente una referencia a las tres primitivas tribus de Roma,<sup>10</sup> señalándose que el verbo *tributo*, -ere significa dar, conceder (AMED; NEGREIROS, 2000, p. 22).

Tributo es un instituto presente en diversas áreas del conocimiento.

En política, el tributo se identifica como la marca expresiva del poder ejercido en relación con un determinado territorio.

En la ciencia de la administración, el tributo se entiende como la fuente primaria del coste de los servicios públicos.

En economía, el tributo surge como el instrumento básico para transferir recursos del sector privado al sector público, medio de financiación de las tareas de Gobierno (REZENDE, 2001, p. 151 y ss.), elemento de organización de la producción y de la distribución de la riqueza (BANACLOCHE PÉREZ, 1971, p. 138, 144).

En las finanzas públicas, el tributo es la forma ordinaria de *receita* (BALEEIRO, 1981, p. 145) obtenida para la satisfacción de los gastos estimados en función de objetivos de múltiple naturaleza, con vistas a financiar las acciones del Estado, entre las que en la actualidad tienen gran importancia las políticas públicas<sup>11</sup> (COMPARATO, 2003, p. 248) (“programas de acción gubernamental, consistentes en una actividad, en otras palabras, una serie ordenada de normas y actos conjugados para la realización de un objetivo determinado”).

Y, en Derecho, el tributo se configura como una prestación derivada del deber, que se dice fundamental (NABAIS, 1998, p. 54 y ss.), “expresión de la soberanía basada en la dignidad humana”, de mantenimiento del Estado creado por la ciudadanía para la promoción del bien común, a través de la garantía de valores socialmente apreciables y constitucionalmente tutelados, como la vida y la dignidad humana, la igualdad, la libertad, la seguridad.<sup>12</sup>

Puede afirmarse que donde hay Estado hay tributo, es la *sombra del Estado*, el socio inexorable del ciudadano.

Ya en las sociedades más primitivas, ya en la antigua Roma, aun fundamentados

en una solidaridad *espontánea*, los tributos siempre estuvieron dotados de algún nivel de coerción, ya fuese moral o social, para posteriormente asumir su función actual de determinación jurídica estatal. Los más aptos se prestaron a la caza o a la pesca, a la guerra bajo forma de contribución *in natura* o *in labore*, teniendo en cuenta la disposición o la defensa de la comunidad.

Con la sofisticación de la economía, el intercambio monetario sustituyó el trueque en los mercados. La monetización de la economía afectó evidentemente al tributo, que pasó a ser prestado en dinero (GIULIANI FONROUGE, 2001, p. 315).

En la Roma Imperial y en civilizaciones similares, el tributo de galardón de ciudadanía se convirtió en signo de opresión, al ser exigido a los pueblos sometidos por la fuerza, ya por medio de expoliaciones, ya por la vía de la capitación (por cabeza, tributo sobre la existencia humana), o por el trabajo servil. En el Feudalismo medieval, el tributo se confundió con las prestaciones de orden patrimonial, propias del régimen de vasallaje, como las enfiteusis, las dotes, y las cuotas de producción agro-pastoriles. Ya en los Tiempos Modernos, el tributo se aproxima a los derechos realengos, como las prestaciones debidas por las autorizaciones o reales cartas para el ejercicio de actividades, profesiones, etc., y el saqueo de los corsos, conviviendo con toda clase de privilegios a favor de la nobleza y del clero, que condujeron a las revoluciones liberales de los siglos XVIII e XIX.

A partir del Liberalismo, y de la consiguiente democratización del Estado, que se instituyó a través de una Declaración de Derechos o una Carta Constitucional o Ley Fundamental, aparece el deber de tributar como propio y aparejado a la ciudadanía, establecido con base en la igualdad y medido por la riqueza o la capacidad económica del contribuyente; el tributo se concibe como una intervención estatal en la economía privada, fundado en los principios del nuevo orden que rigen las relaciones del pueblo con el Estado.

Es importante resaltar que la idea de contención del poder soberano de establecer tributos siempre ha estado presente en la Historia. Así nos encontramos desde el adagio interpretativo romano *in dubio contra fiscum*, la interpretación restrictiva de la Edad Media, el *no taxation without representation* de la *Magna Charta* bretona de 1215, la declaración de las Cortes de Coimbra (1621), las inglesas *Petition of Rights* (1629) y *Bill of Rights* (1689), hasta diversas revoluciones o revueltas políticas posteriores, atribuibles, en mayor o menor grado, a las fuertes exigencias fiscales que ignoraban la dignidad y el sentimiento de justicia de los obligados al pago, como la *Boston Tea Party* de 1773 (Independencia Norteamericana), la *Inconfidência Mineira* brasileña y la Toma de la Bastilla (Revolución Francesa), ambas de 1789, surgiendo de esta última la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1791), que dispuso en su art. 13 que las contribuciones indispensables para el mantenimiento de la Administración Pública serían “igualmente repartidas entre todos los ciudadanos en razón a sus posibilidades”; seguido todo ello de la lucha ciudadana en busca de la dignidad

fiscal, hoy traducida en la garantía de recursos para la financiación de las políticas públicas<sup>13</sup> que deben materializarse en acciones estatales concertadas dirigidas a atender las demandas sociales, conquistadas como *derechos de segunda generación*, en terminología de Bobbio, los *derechos sociales* positivizados por vez primera en la Constitución de Weimar (LEWANDOWISKI, 2005, p. 196) (1919).

La Constitución de 1988 establece la asignación de fondos para la satisfacción de las políticas públicas por ella institucionalizadas (DOMINGUES, 2010, p. 153-154). Inicialmente, el párrafo único del art. 148 establece la *vinculación* de los recursos procedentes del préstamo obligatorio “al gasto que fundamentó su institución”, destacando la “*inversión pública* de carácter urgente y relevante interés nacional”, que apunta a una cierta política pública. En la misma línea,<sup>14</sup> se lee en el art. 149 que las *contribuciones* son *instrumento de actuación* de la Unión en las áreas social, económica y profesional, destacándose las contribuciones a la *seguridad social* (art. 195). Más, el vigente Texto Fundamental dispone que la salud, inserta en el concepto de seguridad social, es un “derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas” (art. 196) integradas por acciones y servicios de salud (art. 197), organizadas en un sistema único de salud y *financiadas*, entre otros medios, por citadas *contribuciones* a la seguridad social (art. 198, § 1.º, c/c el art. 195) y por *recursos federativos constitucionalmente asegurados* (art. 198, § 2.º, c/c los arts. 155 a 159).<sup>15</sup>

Esta evolución del cuadro axiológico-normativo debe tenerse en cuenta en la interpretación contemporánea del concepto de tributo, que es más que nunca un instrumento de financiación de las acciones del Poder Público comprometidas con el bien común en su dimensión de bienestar que asegure la dignidad de la persona humana, no pudiéndose negar el Estado a implementar políticas públicas que conduzcan a este *desiderátum*.

### 1.3 ANÁLISIS DE LA DEFINICIÓN LEGAL EN EL DERECHO POSITIVO BRASILEÑO

En Brasil, el proyecto de Código Tributario Nacional<sup>16</sup> preconizó la siguiente definición de tributo: “toda prestación pecuniaria instituida por ley con carácter obligatorio para la Unión, para los Estados, para el Distrito Federal o para los Municipios, en uso de su competencia constitucional inherente a su condición de persona jurídica de Derecho Público” (art. 17).

El vigente Código Tributario Nacional (CTN – Ley n. 5.172, de 25 de octubre de 1966) dispone en su art. 3º que “tributo es toda prestación pecuniaria obligatoria, en moneda o signo que la represente, que no constituye sanción de acto ilícito, establecida por la ley y cobrada mediante actividad administrativa plenamente vinculada”.

Al margen de la crítica que se pueda hacer al Código sobre la actividad de conceptualización jurídica, que debe reservarse a la doctrina, el hecho es que el Legislador brasileño así procedió en diversas disposiciones del Código, como, por ejemplo, se ve

en su art. 16 (definición de impuesto), en el art. 114 (hecho imponible) y en el art. 142 (liquidación). Esto es debido a la necesidad de consolidación o compilación de los institutos fundamentales del derecho tributario, en un escenario de mucha heterogeneidad cultural y política en el seno de la Federación, siendo observable, por lo demás, una función pedagógica del CTN, que está patente a lo largo de su texto, sobre todo en la distinción de las tres figuras tributarias básicas, el impuesto (art. 16), la tasa (art. 77) y la contribución de mejora (art. 81).

Para interpretar los preceptos anteriores, hay que acudir además a otros, como son los arts. 113 y 114 del Código; el primero define la relación jurídico-tributaria como una obligación, especie de deber jurídico que se califica como un vínculo de naturaleza patrimonial (atinente a la transferencia de riqueza privada) y personal (siendo sujeto activo el Estado-acreedor<sup>17</sup> y sujeto pasivo el deudor, ya sea contribuyente o responsable<sup>18</sup>), extinguiéndose este vínculo con la satisfacción de la prestación (objeto), o tributo propiamente dicho (art. 3.º); el segundo define el hecho imponible o hecho generador de la obligación tributaria como la situación definida en la ley como necesaria y suficiente para su realización.

#### PRESTACIÓN

El primer elemento de la definición legal es la de que el tributo es una *prestación*. Esto significa que el tributo es en verdad el *objeto* de la obligación, la obligación tributaria (art. 113, § 1.º, del CTN). Se adjetiva con el carácter pecuniario, esto es, el tributo se proporciona en dinero; o, al menos en expresión del Código, es valorado, medido, en dinero.

Esto daría lugar a la discusión relativa a la legitimidad de los tributos *in natura*, es decir, no *in pecunia*, que, en épocas lejanas, fueron la regla y hoy son excepción. Serían tributos *in natura* los exigidos en unidades, en una fracción o porcentaje de una determinada producción o cosecha (ej.: tantos kilos de arroz, “y” cabezas de ganado por millar poseído, o incluso “x%” de los fardos de lana esquilada, etc.). Sin embargo, el CTN parece no reconocer los tributos *in natura*. El tributo representará siempre una *cantidad*.

Aunque se puede tomar un bien como *medida* del tributo, esta tendrá un *valor* de orden económico, expresado en pecunia o dinero. La justificación de ello es la de que, superada la fase de trueque, con una economía monetizada, como ya se dijo, el Estado dejó de exigir bienes o servicios a sus súbditos, administrados, ciudadanos, exigiéndoles el pago por ellos por medio del proceso del gasto público; y el tributo satisfecho es Ingreso Público, con el cual el Estado costea, fundamentalmente, el gasto público.

Como se ve, la obligación es el deber jurídico, surgida de la relación jurídica que se caracteriza por la patrimonialidad, consolidando un vínculo personal que se extingue con la satisfacción de la respectiva prestación.

La obligación tributaria propiamente dicha, obligación *principal* en el lenguaje del CTN (art. 113, párrafo único), contrasta con la llamada obligación *accesoria* (art. 113, § 2.º). La obligación principal tiene por objeto un *dare*, el pago del tributo (art. 3.º). Y la *accesoria* tiene por objeto un *facere* o un *non facere*, esto es, comportamientos positivos o negativos en interés del Fisco (recaudación o liquidación de los tributos); por ello, la mejor doctrina las califica como *deberes instrumentales* en favor de la actividad administrativa de los órganos hacendísticos (declaración de rendimientos, llevanza de libros fiscales; negativa de mercancías no acompañadas de factura fiscal, etc.).

La obligación tributaria en sentido propio o estricto es una obligación de dar, de entregar un bien fungible, pecunia. El tributo es la prestación que satisface esta obligación.

Esto no se invalida por la circunstancia de que el Derecho admita la extinción excepcional del deber tributario mediante la entrega o dación de bienes a la Hacienda Pública. El acogimiento de este instituto en el ámbito de la tributación se justifica por ser un sucedáneo de la exclusión del patrimonio del deudor insolvente, sin liquidez, que no tiene dinero para satisfacer la deuda tributaria. En lugar de tener que verse sometido a una subasta pública, debe autorizársele a obrar de esa forma, evitándole, con ello, un largo, costoso y estresante proceso. Y además de que el CTN autorizase este instituto, las Leyes federales n. 7.621, n. 7.636 y n. 7.637, todas de 1987, y las Leyes del Estado de Rio de Janeiro n. 688, de 1983, n. 1.241, de 1987, y n. 2.055, de 1993, ya preconizaron esta solución; en 2001, la Ley Complementaria n. 104 la adoptó en el inciso XI del art. 156.

La expresión “en moneda o signo que la represente” sirve para justificar no solo la legitimidad de la dación en pago, sino también la utilización de títulos de crédito (cheque, sello-postal y títulos de deuda pública) como pago del tributo.

#### PREVISIÓN LEGAL. LA LEGALIDAD TRIBUTARIA

Al aludir al carácter obligatorio de la prestación tributaria, el Código consagra la doctrina universalmente aceptada de que el tributo constituye el objeto de una obligación *ex lege*, para cuya exigencia es irrelevante la adhesión, o la manifestación positiva de voluntad, del deudor, distinguiéndose con ello de la obligación *ex voluntate*, es decir, de aquella cuyo vínculo se constituye a partir de una interacción libre entre acreedor y deudor, pudiendo éste negarse a vincularse.

El tributo es objeto de una obligación cuya fuente fundamental es la ley, teniendo en la prestación de alimentos su símil civil. Nadie individualmente es consultado por el Estado acerca de si desea o no pagar impuestos para el mantenimiento de la diplomacia o de la policía, si quiere o no tener a su disposición determinado servicio de concesión de licencias gravado con tasas, o si disfruta de cierta obra urbanística que revalorizará su inmueble, sujeta a una contribución de mejora. De la misma forma, tampoco se pregunta a nadie si le agrada pagar una pensión alimenticia a un pariente necesitado.

El tributo está, en efecto, sometido genéricamente al principio de legalidad (art. 5.º, II, de la Constitución), acentuándose el rigor formal a través del de legalidad tributaria (art. 150, I), al exigirse la tipificación legal de todos los elementos del instituto (tipicidad tributaria). El art. 97 del CTN aclara el contenido del principio, al establecer que dichos elementos son, entre otros, el sujeto pasivo, el hecho imponible, la base de cálculo y la alícuota.

Hay que reseñar que el CTN atiende al mandato constitucional de, como ley complementaria tributaria, resolver conflictos de competencia, regulando las limitaciones al poder tributario y reduciendo las normas generales del derecho tributario (art. 146, I a III, de la Carta Federal). Se pretende que la legalidad tributaria sea más exigente de lo que lo es la legalidad genérica regidora de la actividad estatal como un todo (el Estado solo puede actuar *en virtud de ley*). Sin embargo, la Constitución exige que únicamente la ley puede originar el nacimiento de un tributo, agotándose en ella la disciplina del instituto, sin margen para la discrecionalidad administrativa.

#### EL TRIBUTO NO CONSTITUYE SANCIÓN DE UN ACTO ILÍCITO

La prestación tributaria no se confunde con la represión de los ilícitos. El tributo se debe en función del ejercicio de una potestad pública, irresistible, en virtud de las responsabilidades políticas y administrativas que el Estado recibe de la ciudadanía para la promoción del bien común, que deben ser costeadas por los respectivos destinatarios, que, en último término, crearon el Estado con esa finalidad, en su propio beneficio. Por lo tanto, el tributo es una prestación ordinariamente debida al Estado, por el solo hecho de la persona merecer la atención del Poder Público, estar sujeta a su acción.

Los actos ilícitos se reprimen a través de las sanciones, que son castigos impuestos como consecuencia del incumplimiento de un deber. En el derecho público, el ilícito vulnera el orden público y debe ser ejemplarmente castigado, con el fin de que no se reproduzca dicha violación y se extienda una sensación de impunidad generalizada. Las infracciones tributarias según su grado de relevancia pueden llegar a tipificarse como delitos, como sucede con la evasión fiscal, en la que el agente pretende ocultar al Estado la existencia de una obligación tributaria derivada de un hecho imponible.

Esto no significa que no se pueda *gravar el producto o resultado de una actividad ilícita*. Antes al contrario, la tributación se impone en este caso como consecuencia lógica del principio de igualdad, en su expresión de generalidad tributaria. Si una actividad lícita se ejerce transparentemente y las consecuentes manifestaciones de capacidad contributiva son gravadas (otra consecuencia del principio general de igualdad), no existe razón alguna para que las actividades ilegales, tanto o más provechosas desde el punto de vista económico, no tributen (lo contrario sería premiarlas). La ilegalidad merece ser reprimida, sin duda. Su circunstancial provecho económico respectivo debe ser visto objetivamente como una forma de riqueza, como cualquier otra, apta para extraer de ella una contribución para el mantenimiento del Estado. *Limpia* o no, poco importa el origen de

la riqueza (*non olet* —sin olor, en frase latina acuñada por el Emperador Vespasiano, en respuesta a su hijo que se había extrañado de la implantación de una cobro sobre el uso de las letrinas públicas romanas); toda manifestación de riqueza debe gravarse; no es la licitud o la ilicitud de la riqueza que la define como objeto de tributación, sino, se insiste, su mera existencia objetiva.<sup>19</sup>

No se debe confundir tampoco la denominada *extrafiscalidad* con la sanción de un acto ilícito. Como se verá más adelante, la extrafiscalidad (la tributación con fines no recaudatorios) no tiende a impedir una determinada actividad (para eso existen las multas y las prohibiciones), pero tiene como fin condicionar la *libertad de elección* del agente económico, a través de la graduación de la carga tributaria, en función, por ejemplo, de criterios ambientales.

#### COBRO. EL “LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO”

El tributo se cobra mediante un acto administrativo de liquidación denominado *lançamento tributário*, que el CTN intenta definir, equivocadamente, en el art. 142 como un *procedimiento*. Ciertamente el acto de liquidación puede y debe culminar un procedimiento de determinación de la existencia y encuadramiento legal del presupuesto de hecho de una obligación tributaria, pero no debe confundirse con él.

En verdad, el *lançamento* es el acto de aplicación del derecho tributario material y de exigencia (cobro) del tributo (XAVIER, 1997, p. 32 y ss.) una vez comprobada la realización del hecho imponible; acto practicado por la Administración Tributaria; acto administrativo.

#### VINCULACIÓN

En este momento, lo más relevante es señalar que el cobro del tributo se realiza de forma *plenamente* reglada, es decir, el *lançamento* se efectúa por el agente del Estado-Fisco sin discrecionalidad, ni en cuanto a la competencia para actuar, ni en cuanto a la forma, la oportunidad y al contenido del acto en cuestión. De ahí el adverbio *plenamente* utilizado por el CTN para calificar la vinculación. Pese a que los actos administrativos se clasifique simplemente en discrecionales o reglados, parece que el CTN quiso, didácticamente, llamar la atención sobre la circunstancia de que dicha vinculación se produce desde cualquier ángulo que se examine el *lançamento*.

#### 1.4 TRIBUTOS EN ESPECIE

Según Ramón Valdés Costa, “en la doctrina jurídica predomina la clasificación tripartida en impuestos, tasas y contribuciones, que es prácticamente unánime en Italia, España y América Latina” (1996, p. 87).

Esta tradicional clasificación encuentra cobijo en el art. 145 de la Constitución y en el art. 5.º del Código Tributario Nacional, que reconocen como tributos a los impuestos, las tasas y las contribuciones (estas, las *de mejora*).

No quiere decir esto que la Carta Magna brasileña no considere tributos otras figuras financieras, como el *préstamo obligatorio* y la *contribución parafiscal*, ya que la regulación constitucional de ellas es nítidamente tributaria.<sup>20</sup> Simplemente parece que la Constitución no quiso reconocer autonomía a ellas, en la medida en que no disponen de hechos imponibles propios, sino en correspondencia a los del impuesto o de la tasa, éstos si categorías ontológicamente distinguidas por el derecho tributario en función de sus respectivos hechos imponibles, criterio científicamente hábil para diferenciar las especies tributarias, como, por otro lado, afortunadamente, ya fue reconocido por el Código Tributario Nacional (art. 4.º, I). Con ojos formalistas sobre la letra de las disposiciones mal redactadas de la Constitución, la jurisprudencia positivista del Supremo Tribunal reconoce autonomía a estas contribuciones, pese a que, sin embargo, admita que sus hechos imponibles principales y sus respectivas bases de cálculo en nada difieren de los reservados a los impuestos, propiciando, así, innumerables fraudes materiales a la Constitución, como sucede con la retención de la participación de Estados y Municipios en la respectiva recaudación, lo que vulnera el pacto federativo de 1988, a la par que origina múltiples *bis in idem* tributarios que tornan caótico<sup>21</sup> el hoy destrozado sistema tributario nacional brasileño. El destino específico de las *contribuciones* y la restitución de los *préstamos obligatorios* nada tiene que ver con su obligatoriedad, piedra de toque del derecho tributario. La contribución parafiscal y el préstamo obligatorio integran, así, el Sistema Tributario Nacional y se rigen, con algunas variaciones, por los principios generales del derecho tributario, como la igualdad, legalidad y tipicidad del hecho imponible.<sup>22</sup> La Constitución asumió declaradamente el carácter tributario de las contribuciones parafiscales (art. 149 c/c el art. 146), ya secundado ahora por el Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> (RE 138.284, Relator Carlos Velloso); la Suprema Corte (RE 111.954, Relator Oscar Corrêa) también revocó el Enunciado 418 de su Sumario para reconocer el carácter tributario de los préstamos obligatorios (RTJ, 126:330 y ss.).

#### FINALIDAD

Por este criterio se distinguen los tributos en *fiscales* (que tienen finalidad de recaudación de recursos financieros), *parafiscales* (que se destinan a costear actividades paralelas a las de administración pública directa, como la seguridad social —art. 195 de la Constitución) y *extrafiscales* (que atienden a otros fines diferentes de la recaudación, y, generalmente, a la corrección de situaciones sociales indeseadas y a la conducción de la economía —estímulo o desestímulo de ciertas actividades (FANUCCHI, 1976, p. 56-58); un caso especial y contemporáneo de extrafiscalidad es el de la tributación ambiental (DOMINGUES, 2007), que procura incentivar la producción y consumo de bienes ecológicamente adecuados, a través de exenciones o reducciones de la carga tributaria en los términos de la Constitución (art. 170, VI). Otros ejemplos de extrafiscalidad son el de los incentivos fiscales dirigidos al desarrollo regional (art. 43,

§ 2.º, III, c/c el art. 151, I); el del empleo del impuesto territorial rural para combatir los latifundios (art. 153, VI, y § 4.º); y el del impuesto predial y territorial urbano progresivo como instrumento de política para el aprovechamiento del suelo de las ciudades (art. 182, y § 4.º, II).

La finalidad o el destino de los fondos procedentes de la recaudación de los tributos, casi irrelevante para la calificación *de la especie tributaria*, o mejor, de la respectiva *naturaleza jurídica específica*, esto es, impuesto, tasa o contribución de mejora (art. 4.º, II, del Código Tributario Nacional), no tendría ninguna importancia desde el punto de vista jurídico-tributario, según la doctrina tradicional, a la que nos unimos en el pasado,<sup>24</sup> porque los intereses tomados en consideración en un momento pre-jurídico de la concepción o idealización del tributo pertenecerían a la esfera de decisión política del legislador y el destino de los *recursos públicos* se regiría solamente por el derecho financiero, al regular los gastos de tal naturaleza, y no por el derecho tributario, que se limitaría a regular la institución y la recaudación de los tributos.

Pero el Código no declara que la finalidad sea absolutamente irrelevante para calificar el tributo como tal. Y a la finalidad se refiere la doctrina como *principio de destinación pública del tributo*.<sup>25</sup>

Nos parece en la actualidad que el principio jurídico de *proporcionalidad* sí condiciona el momento iuspolítico de elaboración de la ley tributaria y es el que permite verificar su *adecuación* a los intereses y *finés* constitucionalmente legítimos e susceptibles de tomarse en consideración a la hora de establecer un tributo,<sup>26</sup> permitiendo el correspondiente *control de constitucionalidad*.

Y es que, cuando existe, la finalidad o destinación específica del tributo está *conexa* o *vinculada* al respectivo presupuesto generador, como algo *accesorio*, en la medida en que sirve como *justificación* de la institución, como en el caso de las contribuciones y préstamos obligatorios (Constitución, art. 149, art. 148, I y II); o bien el fundamento de validez del tributo (manifestación de riqueza o servicio público) *integra* el presupuesto de hecho como *condición* de creación del tributo. En suma, la *finalidad específica* de algunos tributos sí es relevante para el derecho tributario, para *adjetivar el hecho imponible típico*, como hace cualquier *hecho imponible accesorio* en relación con el respectivo presupuesto generador principal (o típico). En palabras de Amílcar Falcão (1977, p. 132):

El presupuesto generador típico (*fattispecie tipica*) da lugar al nacimiento de la obligación tributaria; es el motivo relevante para la producción de ese efecto jurídico. Sin embargo, en algunas hipótesis, tal efecto variará o se modificará, por la presencia de un hecho auxiliar o subsidiario (*fato aggiuntivo*), como puede ser el caso de destino de los bienes en materia de impuesto de importación o consumo, de empleo de los rendimientos en el impuesto sobre la renta, de destino de los inmuebles, edificados o no,

en los impuestos predial y territorial o del impuesto sobre el beneficio obtenido por personas físicas en la enajenación de propiedades inmobiliarias etc.; es lo que denominamos como presupuesto de hecho generador complementario o accesorio.

Véase, pues, que la finalidad específica de algunos tributos<sup>27</sup> los califica jurídicamente, integrándose a los respectivos presupuestos de hecho generadores principales, como *presupuesto de hecho imponible accesorio*. La finalidad específica se configura, por ello, como verdadera condición de legitimidad concreta del tributo en las situaciones en que el ordenamiento jurídico le asigna una función más que la mera recaudación de dinero para atender las necesidades generales del aparato público, como pueden ser la consecución de ciertos objetivos y la implementación de determinadas políticas públicas (DOMINGUES (coord.), 2008).

El destino de los tributos puede no ser relevante para definir su particular naturaleza jurídica, pero sí lo es, absolutamente, para legitimarlos concretamente en ciertos casos cuando el ordenamiento jurídico se sirve de ellos para perseguir determinado fin (como es el caso de los tributos ambientales, *extrafiscales o especiales* (CALVO ORTEGA, 2005). Los tributos extrafiscales tienen *origen constitucional* (FANUCCHI, 1976, p. 56). Aún más, la Constitución brasileña contempla expresamente la tributación extrafiscal a través del impuesto sobre la propiedad rural (art. 154, § 4.º, I) y del impuesto sobre la propiedad territorial urbana (art. 182, § 4.º), y, estableciendo excepciones al principio de uniformidad de los tributos federales, admite que la Unión introduzca incentivos fiscales destinados a promover el equilibrio del desarrollo socioeconómico entre las diversas regiones del País (arts. 43, § 2º, III, y 151, I); por otro lado, la flexibilización del principio de legalidad en materia de impuestos sobre el comercio exterior, producción industrial y operaciones financieras, cuyas alícuotas pueden ser modificadas por el Ejecutivo dentro de los límites de la ley (art. 153, § 1.º) deriva de la idoneidad de estos impuestos para servir de instrumento de política económica (extrafiscalidad) exigiendo de inmediato las medidas correspondientes, que no pueden esperar el prolongado debate parlamentario.

#### FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA EXTRAFISCALIDAD

Como ya se ha indicado, la imposición tradicional (*tributación fiscal*) está dirigida exclusivamente a la recaudación de recursos financieros (*fiscales*) para proveer al coste de los servicios públicos.

La denominada tributación *extrafiscal* es a orientada a *otros fines distintos de la captación* de dinero para el Erario, tales como la redistribución de la renta y de la tierra, la defensa de la industria nacional, la *orientación de las inversiones hacia sectores productivos o más adecuados al interés público*, la promoción del desarrollo regional o sectorial etc. Como instrumento indeclinable de la actuación estatal,<sup>28</sup> el derecho tributario

puede y debe, a través de la extrafiscalidad, influir en el comportamiento de los entes económicos incentivando iniciativas positivas, y desestimulando las nocivas para el bien común.

La extrafiscalidad es “la actividad financiera que el Estado ejerce sin el propósito principal de obtener recursos para su erario, para el fisco, sino con vistas a ordenar o reordenar la economía y las relaciones sociales” (BEZERRA FALCÃO, 1981, p. 48).<sup>29</sup> Esta es una de las tareas fundamentales del derecho tributario, comprometido con una verdadera revolución, la creación de un *nuevo Ser Social* (BECKER, 1972, p. 533), que será, añadido a él, identificado con el *deber fundamental* de pagar el tributo (NABAIS, 1998).

Se desarrolla la extrafiscalidad con base en la ley, por estar relacionada con la libertad. Por ello la gran tarea de la tributación extrafiscal es la salvaguardia de la libertad (BEZERRA FALCÃO, 1981, p. 196). La extrafiscalidad, se aclara, no pretende prohibir una determinada actividad, sino influir en la opción del contribuyente, orientar las decisiones económicas, conforme a las *políticas públicas* asumidas por el Estado. Estas ideas coinciden con la doctrina europea, donde afirma Xavier Oberson (1991, p. 85-86) que los *tributos de orientación* tienen “características subordinadas a la *finalidad* que el legislador pretende alcanzar”.

La extrafiscalidad permite al contribuyente la alternativa de elección<sup>30</sup> del gravamen más benigno “o la de ningún gravamen tributario, si su actuación se desenvuelve en este o en aquel sentido previsto en la ley” (FANUCCHI, 1976, p. 56). Esta es la razón fundamental para rechazar la confusión en la que incurre cierta doctrina (LEMONS DE FIGUEIREDO, 2000, p. 133-158) entre extrafiscalidad y tributación sancionadora.<sup>31</sup> Parece absurda la idea de que el Estado permita la opción por una acción lícita y después castigue la elección de una de ellas.

La extrafiscalidad, se reitera, no busca impedir una determinada actividad —para eso existen las multas y las prohibiciones—, pero tiene como finalidad condicionar la *libertad de elección* del agente económico, a través de la graduación de la carga tributaria, en función, por ejemplo, de criterios ambientales. Por tanto, la tributación extrafiscal, fundada en la teoría kelseniana de la *sanción premial*, nada tiene que ver con la llamada *tributación punitiva* (como la que recae sobre la distribución encubierta de beneficios), que pretende “impedir directamente un acto que la ley prohíbe”, caracterizada, por eso mismo, por Rubens Gomes de Sousa (1971, p. 299-301) como una *pena* y no como un verdadero tributo.

Y la extrafiscalidad debe conciliarse con el principio de capacidad contributiva, ya que solo se justifica jurídicamente si es reveladora de una real existencia o transferencia de riqueza (ya que la tributación extrafiscal que recayese sobre bienes o hechos económicamente irrelevantes no produciría ningún efecto práctico), porque, como indicó Rui Barbosa Nogueira (1969, p. 10) “si el impuesto es captación de riqueza, solo es posible exigir impuestos de las expresiones de valor, dentro de límites técnico-económicos e

incluso psicológicos”, sirviendo de instrumento de efectividad de la progresividad del sistema tributario y contribuyendo a la realización del principio de capacidad contributiva, como ya señalamos en otro trabajo (OLIVEIRA, 1998, p. 117).

La posibilidad de conciliar capacidad contributiva y extrafiscalidad, especialmente con la extrafiscalidad medioambiental es equivocadamente negada por algunos (GIULIANI FONROUGE, 2001, p. 351; COELHO, 1990, p. 98; SOLER ROCH, 2008, p. 86 y 101). Parece necesario dar curso a cierta armonización, como preconiza Calvo Ortega (2005, p. 159),<sup>32</sup> a través de la identificación de hechos imponibles que al mismo tiempo sean indicativos, por la aprehensión o aprovechamiento de los bienes naturales, manifestaciones de riqueza susceptibles de tributación y justifiquen una ponderada participación de los agentes económicos en el reparto de los costes de mantenimiento del Estado. Un impuesto ambiental puede ser graduado de forma que grave más onerosamente las emisiones y/o los vertidos en la justa medida en que representan *absorción* o mayor *apropiación* o *capitalización* del medio ambiente (recursos ambientales —aire, cuerpos hídricos) que es un índice específico de capacidad contributiva, conciliable, además, con la extrafiscalidad. Éste parece también ser el pensamiento de Varona Alabern (2009, p. 142-144) para quién, obrando así se obliga a aportar más a quien más gasto público provoca y mayor lucro obtiene ignorando el fin extrafiscal, a quienes se lucren con la realización de actividades contaminantes y a los que más provecho obtienen de ello por realizar una actividad económica perjudicial para el medio ambiente (DOMINGUES, 2011, p. 45).

#### HECHO IMPONIBLE

Es la situación, hecho o conjunto de hechos, tipificados hipotética y genéricamente en la ley, que, produciéndose en la vida real, sujeta a alguien al pago de un tributo.

Es, en feliz formulación de Amílcar Falcão, “el hecho, conjunto de hechos o estado de hecho, al que el legislador vincula el nacimiento de la obligación jurídica de pagar un tributo determinado” (1977, p. 26), o, en dicción del art. 114 del CTN, “la situación definida en la ley como necesaria y suficiente” para el surgimiento de la obligación tributaria.

Este es el concepto que tradicionalmente permite diferenciar el tributo de las restantes prestaciones pecuniarias de naturaleza pública por sus características de coerción e independencia en cuanto a la licitud de la conducta del sujeto pasivo, propiciando, además, la distinción ontológica entre las diversas figuras tributarias.

De ahí que el presupuesto de hecho haya sido escogido, correctamente, por el CTN como elemento determinante de la *naturaleza jurídica de los tributos* (art. 4.º), y no la base de cálculo o base imponible (perspectiva mensurable del hecho imponible) como quería Alfredo Becker (1972, p. 338). Y es que la *base de cálculo es una función* y no materialidad mismo del tributo (ATALIBA, 1984, p. 121); la misma es el *objeto del hecho imponible* (JARACH, 1989, p. 153-154).

No hay duda de que la *base de cálculo debe ser la expresión económica del hecho imponible*, pero la misma solo se legitimará si es lógicamente consistente con él. El que tiene mayor importancia entre ambos es el hecho imponible, ya que es el que origina el nacimiento de la obligación tributaria.

Falcão (1977, p. 137-138) ya advirtió sobre la desvirtuación de los tributos en el caso de que la base de cálculo no guardase relación de pertinencia o inherencia con el hecho imponible, desfigurándolos o desnaturalizándolos. En suma, existiendo incompatibilidad entre ellos, la ley tributaria no podrá aplicarse.

En base al hecho imponible se genera la tricotomía tradicional que clasifica a los tributos en impuestos, tasas y contribuciones de mejora.<sup>33</sup> Entendemos que esa tricotomía es también la gran guía de clasificación de los tributos, ya que está basada en un criterio típicamente jurídico y científico, cual es el de la situación escogida por el Legislador al instituirlos y que hace nacer el deber fundamental de pagarlos. Y no se ve en la doctrina, hasta el momento, una abertura para que se consideren, sea el préstamo obligatorio, sea la contribución —social, corporativa o de intervención en el dominio económico—, algo distinto de un impuesto o una tasa con un fin predeterminado.<sup>34</sup>

En Brasil, la Enmienda Constitucional n. 18, de 1965, y el Código Tributario Nacional, de 1966, adoptaron la clasificación tricotómica de los tributos, siendo acompañados ahora en ello por la Constitución Federal de 1988 (art. 145):

- *impuesto* es el tributo cuya obligación tiene por hecho imponible una situación independiente de cualquier actividad estatal específica relativa al contribuyente (art. 16 del CTN);
- *tasa* es la figura tributaria cuyo hecho imponible es el ejercicio regular del poder de policía, o la utilización, efectiva o potencial, de un servicio público específico y divisible,<sup>35</sup> prestado al contribuyente o puesto a su disposición (art. 77); y
- *contribución de mejora* es el tributo que tiene como hecho imponible la valoración inmobiliaria debida a una obra pública, teniendo como límite total los gastos realizados y como límite individual el aumento de valor que de la obra resulta para cada inmueble beneficiado (art. 81).

#### CAPACIDAD CONTRIBUTIVA

Ahora, como el Estado de Derecho no puede negar a los ciudadanos el pleno disfrute del principio de capacidad contributiva, expresión tributaria del principio de igualdad —de ahí que la “... tributación trate de considerar las diferencias materiales entre los diversos contribuyentes” imbricándose con la solidaridad social y justificando la progresividad y la distributividad de las cargas fiscales (MARTINS, 2011, p. 192; 197)—, que impregna todas las figuras de tributos, se justifica que lo utilice también como criterio de clasificación de ellas, teniendo presente el

momento o la intensidad de su incidencia en cada caso. Ello es así porque la riqueza de *cada individuo*, “las posibilidades de cada uno”, debe ser la *medida* de su respectiva contribución.

La jurisprudencia del STF se halla dividida entre decisiones que exaltan y que rebajan la capacidad contributiva, entre acuerdos que la aplican y otros que se han negado a hacerlo,<sup>36</sup> y, en muchos casos, la Corte se exime de referirse a ella, como si temiese su expreso reconocimiento (de hecho, la tasa judicial del Estado de Rio de Janeiro fue declarada inconstitucional porque el STF entendió que la misma tenía un valor mínimo muy elevado y no establecía valor máximo, sin conexión con el coste del servicio público, lo que, por lo demás, dificultaría el acceso a la Justicia de gran parte de la población de dicho Estado-federado<sup>37</sup> (en conexión con la respectiva capacidad contributiva, como pensamos). Por otro lado, se encuentran manifestaciones contradictorias del STF en materia de aplicación del principio incluso en los impuestos, expresamente prevista en la Constitución (art. 145, § 1.<sup>o</sup><sup>38</sup>): antes de la Enmienda Constitucional n. 29/2000, el Supremo, en el enjuiciamiento del Recurso Extraordinario n. 153.771, declaró inconstitucional el Impuesto Progresivo sobre la Propiedad Predial y Territorial Urbana-IPTU por considerarlo “un impuesto real incompatible con la progresividad debido a la capacidad económica del contribuyente”. Ya en el enjuiciamiento posterior a la EC n. 29/2000, en el juicio del RE n. 423.768,<sup>39</sup> el STF declaró la constitucionalidad de la progresividad del IPTU con votos importantes de por lo menos tres Ministros (Magistrados) en el sentido de que incluso antes de dicha Enmienda debía considerarse aplicable a este impuesto real el principio de capacidad contributiva, con numerosas citas doctrinales. Está a la espera de enjuiciamiento en el STF<sup>40</sup> una importante cuestión relativa a la capacidad contributiva *de facto* en la tributación indirecta. Ojalá contemos ahora en este caso (IVA sobre demanda contratada, pero de hecho no consumida, de energía eléctrica) un nuevo y provechoso giro en la doctrina y en la jurisprudencia del STF, iluminada por el principio de capacidad contributiva.

Retornando a la clasificación de los tributos, parece que el elemento de la capacidad contributiva no se encuentra completamente revelado en la clasificación tradicional. Y como es principio el que otorga legitimidad y contenido de justicia al tributo, ya sea como presupuesto, ya como criterio y límite de graduación de las exacciones tributarias, pensamos que también esos mismos tributos pueden ser clasificados de forma original y pertinente.

Puede vislumbrarse, desde esta perspectiva, la existencia de dos categorías de tributos: tributos *fundados* en la capacidad contributiva (impuesto y contribución de mejora), cuyos hechos impositivos *consisten* en situaciones reveladoras de capacidad contributiva; y tributos *graduados* por la capacidad contributiva (tasas), cuyos hechos impositivos *no* se establecen en función de una circunstancia que ponga de manifiesto capacidad contributiva.

Los tributos *basados* en la capacidad contributiva están incididos por este principio ya en la propia *tipificación* de sus hechos imposables, en la que se integran de forma necesaria (vender mercancías, ser propietario de un inmueble, etc.). Esta categoría, la más exuberante del derecho tributario, también se gradúa por consideraciones de capacidad contributiva: alícuotas diferenciadas (selectividad) del Impuesto sobre Productos Industrializados, progresividad del impuesto sobre la renta, etc., *basadas en el fundamento* mismo de este principio.

Los tributos *graduados* por la capacidad contributiva tienen como hecho imponible un acto de la administración pública —o servicio público, y no una manifestación de riqueza del contribuyente; están incididos por este principio *apenas en la cuantificación* de la correspondiente obligación (bases de cálculo o alícuotas variables en función de situaciones subjetivas del contribuyente, conexas con el coste de los servicios públicos, como el área de establecimiento del contribuyente sujeto a licencia de localización o inspección, el número de habitaciones del inmueble de residencia del contribuyente destinatario de la recogida de basuras y depuración de aguas residuales, la sofisticación de los equipos sometidos a registro o medición, etc.).

La clasificación, aquí reiteradamente expuesta (OLIVEIRA, 1991, p. 46-51), es compatible con la tripartita adoptada por la Constitución, pareciéndonos que, en pureza, es esclarecedora o reveladora de las propias virtudes de esta última, no teniendo nada que criticar, pues, al art. 5.º del Código Tributario Nacional, que repite la enumeración constitucional del art. 145 de la Carta Magna.

## 2 DERECHO ESPAÑOL

### 2.1 LA FUNCIÓN DEL TRIBUTO EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

Frente a la tradición del derecho constitucional español —en la que, a salvo del ámbito de la organización y las relaciones de los demás poderes superiores, todo lo demás, y en concreto toda su parte material, contenía solo principios “programáticos”, esto es, indicaciones que únicamente cuando fuesen, en su caso, asumidas por el legislador ordinario se convertían en normas jurídicas verdaderas— la Constitución española de 1978 rompió decidida y, afortunadamente, con esta orientación, apreciándose de manera clara este cambio de rumbo en, por ejemplo, su art. 9.1, en el que se señala que tanto los ciudadanos como los poderes público están sujetos a la Constitución; en sus arts. 53, 1 y 2, y 161.1, en los que se pone de relieve que algunos de sus contenidos materiales no solo son directamente vinculantes para todos los poderes públicos, sino que, además, se establece en relación con ellos una tutela judicial inmediata, e inclusive reforzada, a través del amparo constitucional; y, por citar otro ejemplo más, de los múltiples que podrían traerse a colación, en su Disposición derogatoria 3, mediante la que se procedió

a derogar todas aquellas disposiciones que se opusiesen a lo establecido en el texto constitucional.

De ello se desprende, pues, que la Constitución española no solo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento, la norma fundamental, la *lex superior*, como bien precisó con todo acierto, y con base en múltiples argumentos García de Enterría (1985, p. 49 y ss.), hasta el punto de que las leyes ordinarias serán nulas si contradicen los preceptos de la Constitución, tal como se desprende de sus arts. 161.1.a) y 164.

Esta técnica de atribuir a la Constitución el valor normativo superior, inmune a las leyes ordinarias y determinante de la validez de éstas, es, como señala este autor, la más importante creación, con el sistema federal, del constitucionalismo americano, y su gran innovación frente a la tradición inglesa de que surgió, siendo útil recordar que ya en 1795 el Tribunal Supremo de Estados Unidos estableció de forma expresa la diferencia entre el sistema inglés y el americano, forjándose la doctrina de la supremacía normativa de la Constitución y la instrumentación en su favor del principio de la *judicial review*, que reconocerá el poder de los tribunales de declarar nulas, a efectos de su inaplicación, las leyes que contradigan a la Constitución, doctrina que fue enunciada, finalmente, tras un perfeccionamiento paulatino de esta idea, por el juez Marshall, en el asunto *Marbury v. Madison*.

En Europa estas ideas tardarían en germinar; pero, finalmente, terminaron por imponerse, y buena muestra de ello es la Constitución española, que tiene valor normativo inmediato y directo, aplicándose, como ya se ha dicho, a todos los ciudadanos y los poderes públicos, y, entre éstos, no solo al Poder Legislativo, sino también a los jueces y tribunales, no siendo posible distinguir en la misma entre preceptos constitucionales de valor normativo y de aplicación directa y otros meramente programáticos o de valor declarativo u orientador,<sup>41</sup> aunque, como es obvio, no todos los preceptos constitucionales tienen idéntico nivel de eficacia, porque no todos ellos aparecen formulados con igual grado de precisión.<sup>42</sup>

Y es en la Constitución y en el derecho constitucional donde puede encontrar unidad, sentido y fundamento el derecho financiero y tributario, al igual que cada una de las restantes “ramas” del Derecho, ya que, como en su día dijo con feliz metáfora Santi Romano, es el Derecho Constitucional el “tronco” del que aquéllas arrancan, como bien ha recordado Sánchez Serrano (1997, p. 80 y ss.).

Y en este sentido —y sin perjuicio de la aplicación general directa de la Constitución a todo el ámbito del ordenamiento jurídico tributario—, éste último se tiene que ceñir, en especial y de modo particular a las reglas que, establecidas en la norma fundamental, conforman la denominada “Constitución económica”, o “Constitución financiera”, construcción ésta fundamental de la doctrina alemana, a la que obedece su formulación inicial, siendo, como ha señalado Martín Retortillo (1988, p. 27), la Constitución de Weimar la que, rompiendo la trayectoria de los textos constitucionales

anteriores, referidos básicamente a la sanción y garantía, más o menos formal, de los derechos individuales de carácter político, asumió también, junto a estos planteamientos, el reconocimiento de los llamados derechos sociales y económicos, estableciendo así a nivel de ley una incipiente ordenación jurídica de la actividad económica, perspectiva desde la que la Constitución económica se integra y forma parte del concepto de Constitución política, constituyendo la expresión del marco y de los principios jurídicos de la ley fundamental que ordenan y regulan el funcionamiento de la actividad económica.<sup>43</sup>

Y es que, en suma, en nuestra época el Estado no puede ser ajeno a la situación económica ni a los objetivos de la política económica, ya que frente al modelo clásico liberal vivimos en la era del intervencionismo público. En los momentos actuales, el Estado ha quedado vinculado social, política y jurídicamente de manera definitiva al sistema económico como principal protagonista y más cualificado agente del mismo, como han escrito, entre otros autores, Ottaviano (1977, p. 193), Galgano (1980, p. 1), García-Pelayo (1980, p. 113) y Cazorla Prieto (1981, p. 41), y, en consecuencia, como primer responsable de su situación y de la consecución de sus objetivos, como ya había apuntado Myrdal (1960, p. 34).

La construcción de las ideas que amparan el intervencionismo del sector público, la definición de sus objetivos y la formulación de las técnicas a través de la que se lleva a efecto, han sido, como ha escrito Lasarte Álvarez (1993, p. 27 y 28), un meritorio trabajo de los economistas y hacendistas más cualificados de los últimos setenta años, en especial de los ingleses y de los norteamericanos, que han transformado las relaciones entre los sectores público y privado; mientras que los juristas hemos permanecido más apegados a los planteamiento tradicionales y a los esquemas del derecho público continental elaborados a partir de la segunda mitad del siglo XIX, pero la realidad del Estado intervencionista ha ido penetrando paulatinamente en esos esquemas y ha otorgado coherencia y criterios rectores a las disposiciones legales y administrativas en que se traduce esa acción estatal, siendo en la actualidad el derecho administrativo económico una rama fructífera del viejo tronco común, ocupándose este sector del ordenamiento jurídico no solo de la acción directa del Estado, sino que se extiende a la regulación jurídica del sistema económico, que es la forma más eficaz del actual intervencionismo y la que ofrece mejores perspectivas para un próximo futuro, habida cuenta de los efectos devastadores que ha producido en las finanzas la realización directa de toda una serie de funciones y actividades por parte de los poderes públicos, y la rigidez y burocratización de la vida económica que ello conlleva.

Y todo esto tiene pleno encaje y acomodo en la Constitución española, desde el momento en que, después del reconocimiento general del derecho de propiedad privada, su art. 38 declara “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, y confía a los poderes públicos su garantía y protección, quedando tal declaración

lejos de los planteamientos del liberalismo clásico, desde el momento en que el texto constitucional impide a tales poderes permanecer en un actitud pasiva de vigilancia, ya que el art. 40 les obliga a promover el progreso y la estabilidad económica, teniendo que realizar una política orientada al pleno empleo, en tanto que el art. 130 les encomienda “la modernización y el desarrollo de todos los sectores económicos”.

Y para alcanzar susodichos fines y objetivos se otorgan a los poderes públicos medios específicos de intervención, siendo reseñables en este sentido los artículos del texto constitucional tales como el 128.2, que ampara “la iniciativa pública en la actividad económica”, y el 131, que otorga a tales poderes la facultad de “planificar la actividad económica general”, regulando la acción del sector privado, respetando en cualquier caso los valores asumidos por la Constitución para así proteger de forma adecuada y eficaz las necesidades colectivas. Y lo propio sucede con la actividad de los particulares, toda vez que el art. 128 de la Constitución subordina toda la riqueza del país al interés general, permitiendo, por esta razón, inclusive la intervención de empresas.

Al mismo tiempo, es evidente también la asignación a los poderes públicos de funciones “sociales”, en la idea de alcanzar una efectiva igualdad en el seno de la sociedad, siendo paradigmáticos a este respecto los arts. 1 y 9, ambos de la Constitución española, que, respectivamente, efectúan una invocación a la justicia y a la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico, y prescriben que dicha igualdad ha de ser real, para lo cual se les exige la remoción de cuantos obstáculos impidan o dificulten su plenitud, fines éstos que, sin duda, suponen un gran reto e implican la obligación irrenunciable para tales poderes de convertirse en promotores y artífices de la superación de las trabas de toda índole que generan la desigualdad y alcanzar de este modo la igualdad efectiva, la cual, en modo alguno, puede ya concebirse en el sentido meramente formal de igualdad ante la ley, tal como la misma fue contemplada en la Revolución Francesa, como acertadamente indicó Lejeune Valcarcel 1980, p. 122 y ss.), lo que ha originado que referidos poderes públicos hayan tenido que comenzar a proporcionar, de forma más o menos directa, una amplia serie de prestaciones sociales —desconocidas en la etapa liberal— de muy diverso contenido (educación seguridad social, salud pública, subsidios de desempleo, protección del medio ambiente, disfrute a una vivienda digna, atención de la juventud, los minusválidos y los ciudadanos de la tercera edad, etc.), todo lo cual ha conllevado embarcar a dichos poderes en una tarea de alto coste financiero.<sup>44</sup>

Por tanto, como se aprecia —y refiriéndome en exclusiva a la situación a la que aluden las normas, con abandono de esas otras perspectivas socioeconómico-políticas expuestas en la nota precedente, que indudablemente tienen su importancia, pero en las que ahora no voy a ahondar—, hay que afirmar que existe un ambicioso programa de gastos detrás de estos objetivos constitucionales, y todo ello en cumplimiento de la declaración general del art. 9.2 de la Constitución española a la que ya

me referí, que obliga a los poderes públicos a remover cuantos obstáculos impidan “la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”, teniendo que recordarse, igualmente, el aseguramiento de la función social de la propiedad garantizada por el art. 33.2, la vinculación de toda la riqueza al interés general conforme al art. 128, y la necesidad de una distribución justa y equitativa de la misma según los arts. 40.1 y 131.1, lo que pone indudablemente de manifiesto que los poderes públicos asumen también una redistribución de la renta y de la riqueza que está en la esencia misma de la cláusula de Estado social y democrático de Derecho que la Constitución proclama en su art. 1.1, para lo cual es crucial una correcta articulación del sistema tributario.

Ello conduce a afirmar que la “Constitución financiera” o “Constitución fiscal” representa, como escribió Rodríguez Bereijo (1998, p. 127), una pieza de fundamental relevancia dentro de la Constitución, desprendiéndose de sus arts. 1.1, 9.2, 31, y 133 a 136, una configuración de la Hacienda Pública como un instrumento de transformación y emancipación económica y social, en la medida en que los poderes públicos, a través de los programas de ingresos y de gastos públicos, aparecen *comprometidos* en la consecución de un orden social más igualitario y más justo; añadiendo este autor que en el moderno Estado social y democrático de Derecho la función de los tributos no es únicamente la de financiar los servicios públicos, sino también redistribuir la riqueza en el ámbito de la comunidad, lo que implica que entre los impuestos y los gastos públicos haya de existir una íntima conexión.

Es precisamente esta interconexión o interdependencia lo que confiere al derecho financiero y tributario su carácter de *derecho redistributivo*, es decir, un derecho en el cual la rama del derecho tributario debe concebirse como un derecho frente a los que tienen más; y la rama del derecho de los gastos públicos debe ser un derecho a favor de los más desfavorecidos.<sup>45</sup>

En este terreno, destaca, especialmente, la actuación de la Hacienda Pública como encargada de intervenir en el terreno social y económico con fines de tutela, redistribución y equilibrio de la riqueza, razón por la que el ordenamiento financiero, en la actualidad, ha adquirido una relevancia indiscutible en el seno del Estado debido, como ha puesto de relieve Pauner Chulvi (2001, p. 62), a la relación de dependencia que mantienen los derechos fundamentales con ese sector del ordenamiento en aras de su efectividad.

La financiación de las prestaciones públicas debe producirse por la vía tributaria de forma que, del cumplimiento del deber de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, se hace depender la realidad y viabilidad de los derechos sociales.<sup>46</sup>

Más aún, como ha puesto de relieve Pauner Chulvi (2001, p. 63), se defiende que hoy en día carece de sentido la distinción entre derechos de libertad (que se actúan con la abstención del Estado) y los derechos sociales (que reclaman la disponibilidad económica del Estado para su satisfacción), porque hasta los más típicos derechos de libertad

exigen también de esa disponibilidad económica. En realidad, existe una relación muy estrecha entre la efectividad de cualesquiera derechos y la existencia de recursos. Relación claramente perceptible, por ejemplo, en el derecho a la tutela judicial efectiva dado el coste de la administración de justicia: tecnología avanzada para las investigaciones, gasto carcelario, costes que provoca la asistencia a los detenidos en espera de juicio, gastos procesales, etc., o en el ejercicio del derecho de sufragio pasivo condicionado de forma muy radical por la financiación pública de la campaña electoral.

## 2.2 NOTAS CARACTERIZADORAS DEL CONCEPTO DE TRIBUTO EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL, CON ESPECIAL CONSIDERACIÓN A LA EXTRAFISCALIDAD

Según el art. 2.1 de la Ley n. 58, de 17 de diciembre de 2003, General Tributaria “los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una Administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la Ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos”.

De esta definición se desprende, como bien ha indicado Varona Alabern (2009, p. 15) que el tributo constituye una obligación *ex lege* consistente en entregar una suma de dinero a un Ente público, siendo su destino la financiación del gasto público.<sup>47</sup>

Y sus notas caracterizadoras, en las que no me detendré en exceso, por ser ya sobradamente conocidas,<sup>48</sup> son las siguientes.

En primer lugar, que el tributo es una prestación patrimonial, ya que genera la obligación de entregar una suma de dinero.

En segundo término, nos encontramos en presencia de una prestación coactiva, ya que surge por imposición de la ley (obligación *ex lege*), y no por un acuerdo de voluntades, como ocurre en las obligaciones *ex contractu*. Aunque el obligado tributario pueda realizar de manera libre el hecho imponible, esta voluntariedad solo es relevante para el acto jurídico gravado, pero es ajena a la obligación tributaria.<sup>49</sup>

En tercer lugar, el tributo debe satisfacerse a un ente público, siendo esta nota del destinatario del pago lo que determina, como ha precisado Varona Alabern (2009, p. 18) que no pueda considerarse un tributo la obligación establecida a cargo del empresario de abonar al trabajador la prestación por incapacidad laboral transitoria en caso de enfermedad común o de accidente no laboral.<sup>50</sup>

Y, por último, a través del tributo, se persigue una finalidad recaudatoria consistente en la obtención de recursos para financiar los gastos públicos, para subvenir a las necesidades públicas, siendo esta nota lo que permite diferenciar el tributo de la sanción pecuniaria, ya que aunque ésta también constituye una prestación patrimonial coactiva no persigue recaudar dinero —aunque sobre ello mucho cabría discutir, en la práctica, en estos tiempos de profunda crisis económica, en los que los Entes públicos buscan de forma casi desesperada ingresos por cualquier medio—, sino penalizar una conducta antijurídica.<sup>51</sup>

Con esta nota, se subraya, como ha señalado Varona Alabern (2009, p. 17), el carácter instrumental del tributo, ya que mediante él no se persigue la consecución directa de fines públicos, sino suministrar fondos para que los entes públicos los puedan alcanzar, lo que, además, conecta de forma estrecha el tributo con el instituto del gasto, vinculación ésta que impone la exigencia de que la adquisición de riqueza por la Hacienda Pública deba ser con carácter definitivo.

En este sentido, García Novoa (2005, p. 260 y 261) ha escrito que *definitividad* equivale a *disponibilidad* y, por eso, es necesario que quien reciba la transferencia de riqueza con la que se cumple el deber de contribuir tenga plena disponibilidad de esa riqueza, en la medida en que la haya adquirido con carácter definitivo. La adquisición definitiva lo es a título de dueño pues las facultades de dominio legitiman a retener indefinidamente. Y de ahí que el tributo se diferencie de otras cantidades ingresadas a título de préstamo —deuda pública— e incluso de cantidades supuestamente obtenidas a título de depósito, respecto a las cuales podría incluso dudarse de su condición de *ingresos*.

Estas son las notas clásicas del concepto de tributo, pero debe tenerse muy presente que el propio art. 2.1 de la LGT, en su párrafo segundo, señala que: “Los tributos, además de ser medios para obtener los recursos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos, podrán servir como instrumentos de la política económica general y atender a la realización de los principios y fines contenidos en la Constitución”, lo que nos lleva al campo de la extrafiscalidad, del que paso a ocuparme en las páginas siguientes.

Como ha señalado Lasarte Álvarez (1993, p. 42 y ss.), los denominados tributos extrafiscales —o “ultrafiscales”, si se quiere, por emplear la terminología, que me parece acertada, propuesta por Rodríguez Muñoz (2004, p. 9 y ss.)— representan una ruptura con la clásica y tradicional tesis de que los impuestos solo, y de forma exclusiva, tenían como única misión la de allegar recursos a los Entes públicos para que éstos cubran, o traten de hacerlo, los gastos públicos generados.

Este último aspecto, esta vertiente del sistema tributario sigue siendo, como es obvio, de capital importancia, pero ello no es obstáculo alguno, para que a través de los tributos se intente conseguir de manera directa y de forma autónoma, en concurso con otros instrumentos, la realización de los fines del ordenamiento constitucional, razón por la que, como bien puso de relieve Fichera (1973, p. 84 y ss.), uno de los aspectos esenciales de la actividad tributaria en la actualidad sea el extrafiscal, esto es, el de perseguir fines diversos del fiscal, como pueden ser los redistributivos, los de modificación de las condiciones económicas y sociales, los de ser instrumento de planificación económica, etc., como ya habían ya manifestado, entre otros autores, Cosciani (1964, p. 807 y ss.) y Steve (1965, p. 200 y ss.).

Con ello, el impuesto tiene necesariamente que abandonar el carácter neutral que tenía en la época liberal clásica, para distinguirla del neoliberalismo posterior,

en la cual aquel solo estaba orientado a la consecución de funciones recaudatorias, como bien precisó Neumark (1964, p. 158), y tiene, por el contrario, que atender nuevas finalidades, lo que, además, viene exigido, en el caso español, por la Constitución, ya que el principio de instrumentalidad de la imposición se recoge y proyecta en la misma de forma clara y nítida, al desprenderse de ella que la tributación se contempla como instrumento al servicio de los objetivos principales de la política económica: satisfacción de necesidades colectivas, progreso social y económico, más equitativa distribución de la renta en los niveles regional, personal y sectorial, y estabilidad económica de precios y de empleo.<sup>52</sup>

Es, pues, patente, que en el Estado social y democrático de Derecho resulta cada vez más claro que la función de los tributos no es únicamente la de financiar los servicios públicos o el aparato público, sino también en sintonía con las líneas generales trazadas en la Constitución, distribuir la riqueza en el ámbito de la comunidad, para lo cual el sistema tributario es un instrumento más de transformación social, como escribió Calle Saiz (1979, p. 58).

Esta idea tampoco era desconocida con anterioridad a la promulgación del vigente texto constitucional español, ya que el art. 4 de la derogada LGT de 1962, con una gran visión de la nueva realidad económico-social que se esperaba emergiera en el futuro, como bien apuntó Yebra Martul-Ortega (1975, p. 145 ss.), ya recogió las dos funciones que debe atender el tributo, al disponerse en este precepto que esta institución, además de ser un medio para recaudar ingresos públicos, también había de servir como instrumento de la política económica general y para atender las exigencias de estabilidad y progreso sociales, procurando una mejor distribución de la renta nacional, ideas éstas que han pervivido en el art. 2.1 de la actual LGT española de 2003.

Dichas funciones, por otra parte, siempre van íntimamente conexionadas, ya que, de la misma forma que no es posible concebir un impuesto que responda únicamente a una función extrafiscal, aunque solo sea por su intrínseca capacidad de procurar un ingreso a un ente público siempre que se realice el presupuesto base de la imposición, tampoco parece fácil pensar en un impuesto que esté exclusivamente orientado solo a una finalidad recaudatoria y ajeno por completo a cualquier efecto no fiscal, lo que invita a considerar, como Vanoni (1962, p. 418 y ss.), Micheli (1964, p. 28), La Rosa (1968, p. 32), Abbamonte (1969, p. 87), Gaffuri (1969, p. 121) y Casado Ollero (1981, p. 80 ss.) ya pusieron de relieve la inconveniencia, y a la vez la esterilidad, de todo intento de trazar de manera absoluta la distinción entre impuestos fiscales y no fiscales, por lo que, como bien ha escrito Lejeune Valcárcel (1980, p. 171), lo más apropiado es hablar de normas concretas de carácter fiscal o extrafiscal en el seno de un mismo tributo.<sup>53</sup>

Esta nueva orientación del sistema tributario, dirigida tanto a la obtención de recursos económicos como a la dirección de la economía y a la redistribución de las rentas y

de los patrimonios, ha sido plenamente refrendada por el Tribunal Constitucional español, en diversos pronunciamientos, como se comprueba de la lectura de sus Sentencias n. 27/1981, de 20 de julio —en la que este Tribunal se inclinó por una interpretación del art. 134.7 de la Constitución que tienda “a posibilitar el uso ponderado del sistema tributario mediante la adecuación de lo que sea preciso para, sin modificación sustancial, realizar la política económica que reclame cada momento”—; 49/1984, de 5 de abril —en la que se admitió la utilización del instrumento tributario como medida de fomento—; y 19/1987, de 17 de febrero, en la que se indicó que, a través de la ordenación de los impuestos, debe buscarse la común prosecución, a través de las determinaciones que la ley contenga, de objetivos de política social y económica en el marco del sistema tributario justo (art. 31.1) y de la solidaridad (art. 138.1) que la Constitución propugna.

Estas ideas se incardinan plenamente en las que en su momento desarrolló con brillantez, como ya se ha apuntado Fichera, y de ellas se desprende, en suma, que el tributo no se agota en una función recaudatoria, sino que, en cuanto institución constitucional, tiene un papel que cumplir al servicio del programa y de los principios constitucionales, presentando, además, el mismo, como bien resaltó Lejeune Valcárcel (1980, p. 177), una especial idoneidad para el logro de tales objetivos, pese a haber sido pensado primigeniamente para otros fines.

Así ha sido mantenido también por otros autores, como, por ejemplo, Barquero Estevan (2002, p. 38), quien ha escrito que la transformación en las funciones del Estado, con la imposición a los poderes públicos de asumir la dirección de la economía nacional, ha afectado igualmente a la esencia del impuesto, que de ser considerado un instrumento mínimo y neutral, y con finalidad exclusivamente financiera, ha pasado a integrar una segunda finalidad, de ordenación económica y social, y a ocupar un lugar central dentro del catálogo de los instrumentos de política económica; y Varona Alabern (2009, p. 20), quien ha señalado que el tributo puede dirigirse hacia fines distintos de los recaudatorios, mostrándose como instrumento idóneo para lograr otros objetivos constitucionales de gran interés público, como son, entre otros, la redistribución de la renta, el fomento del empleo o la protección del medio ambiente.

Por todo ello, comparto sin reservas, como ya manifesté en otro trabajo (1983, p. 512), las palabras de Tipke (1977, p. 360) de que “el moderno Derecho tributario está concebido con una doble finalidad, ya que no sirve exclusivamente a la obtención de recursos, sino que al mismo tiempo persigue dirigir la economía y la redistribución de las rentas y de los patrimonios”.

Y similares consideraciones se recogen, por lo que atañe al ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas, en, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional n. 37/1987, de 26 de marzo; 186/1993, de 7 de junio; 289/2000, de 30 de noviembre, y 168/2004, de 6 de octubre.

En todas ellas se ha afirmado, como ya expresé en otro trabajo precedente (2002, p. 46 y ss.), que es plenamente admisible desde la óptica constitucional, exactamente del mismo modo que ocurre en la órbita estatal, la existencia de impuestos propios regionales cuyo fin inmediato no sea el estrictamente recaudatorio, ya que al concederse la autonomía financiera a las Comunidades Autónomas para el desarrollo y ejecución de las competencias de las mismas (art. 156.1 de la Constitución), y ser el poder tributario parte integrante de aquélla, es claro que los entes regionales pueden utilizar el mismo del modo que estimen más idóneo y adecuado para el desenvolvimiento y desarrollo de las competencias por ellos asumidas, las cuales de este modo podrán ser satisfechas o bien de manera mediata, si se utilizan los impuestos con su tradicional finalidad de obtención de ingresos para posteriormente aplicarlos a los gastos generados por el cumplimiento de esas competencias regionales, o bien de modo inmediato, a través de figuras impositivas de naturaleza predominantemente extrafiscal.

Es oportuno resaltar a este respecto, por su claridad expositiva, la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 37/1987, de 26 de marzo, en la que se declaró:

[...] Es cierto que la función extrafiscal del sistema tributario estatal no aparece explícitamente reconocida en la Constitución, pero dicha función puede derivarse directamente de aquellos preceptos constitucionales en los que se establecen principios rectores de política social y económica (señaladamente, artículos 40.1 y 130.1), dado que tanto el sistema tributario en su conjunto como cada figura tributaria concreta forman parte de los instrumentos de que dispone el Estado para la consecución de los fines económicos y sociales constitucionalmente ordenados. [...] A ello no se opone tampoco el principio de capacidad económica establecido en el artículo 31.1 de la Constitución, pues el respeto a dicho principio no impide que el legislador pueda configurar el presupuesto de hecho del tributo teniendo en cuenta consideraciones extrafiscales. Sentado lo anterior, es preciso determinar si la función extrafiscal de los tributos tiene o no lícito acomodo en el ámbito del poder tributario autonómico. La respuesta ha de ser también afirmativa. Pues, en efecto, ni en la Constitución ni en la LOFCA existe precepto alguno que prohíba a las Comunidades Autónomas actuar su potestad tributaria -y, en concreto, su poder de imposición- en relación con la consecución de objetivos no fiscales. [...] En consecuencia, las Comunidades Autónomas pueden establecer impuestos de carácter primordialmente extrafiscal, pero ello ha de llevarse a cabo dentro del marco de competencias asumidas y respetando las exigencias y principios derivados directamente de la Constitución (artículo 31), de la Ley Orgánica que regula el ejercicio

de sus competencias financieras (artículo 157.3 de la Constitución) y de los respectivos Estatutos de Autonomía.

Esta doctrina es la que ha servido de justificación para la implantación de un amplio elenco de tributos ambientales por parte de las Comunidades Autónomas.<sup>54</sup>

Esto es un riesgo, puesto que, como bien ha escrito Figueroa Neri (1997, p. 79), no basta con agregar el calificativo de “ambiental” o “ecológico” a los tributos para que realmente lo sean. Existe, evidentemente, como esta autora indica, el riesgo de manipular la creciente tendencia de la preferencia de los individuos por los productos y servicios ecológicos —ecomoda—, para lo que se disfrazan nuevos impuestos con este apelativo a fin de obtener un menor rechazo a una carga excesiva tributaria, a una doble imposición o, simplemente, para obtener mayores ingresos tributarios.<sup>55</sup>

No obstante, aunque este riesgo efectivamente existe, y sería vano negarlo, hay que tener presente, en cualquier caso, que el ardid de añadir finalidades ambientales a los tributos regionales es lo único que razonablemente ha permitido a las Comunidades Autónomas superar los fuertes, y muy poco razonables límites, que para la creación de impuestos propios regionales se contienen en el art. 6 de la LOFCA —cuestión ésta sobre la que ahora, por su amplia extensión, no me puedo detener, por lo que me permito efectuar una remisión a otro trabajo mío anterior en el que trato esta problemática con detenimiento (2008, p. 27 y ss.)—, toda vez que, como acertadamente ha escrito García Novoa (2005, p. 165):

Si lo que justifica la prohibición de la sobreimposición es, como dice la doctrina alemana, el exceso de imposición que resultaría prohibido — la “prohibición del exceso” ó *Übermassverbot*— por vulnerar la capacidad contributiva y que puede llevar al agotamiento de la riqueza gravada incurriendo en confiscatoriedad, ello solo es predicable cuando nos encontremos ante un solapamiento de impuestos que se rijan exclusivamente por razones de capacidad económica. Lo que no ocurre con los impuestos extrafiscales, los cuales, como ha señalado el propio Tribunal Constitucional, si bien no pueden “desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago”, están guiados por otras motivaciones constitucionalmente lícitas.

### 2.3 BREVE CONSIDERACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE RIGEN LA IMPLANTACIÓN DE UN TRIBUTO

En el art. 31.1 de la Constitución se dispone que todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio, añadiéndose en su número 3 que solo pueden

establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público con arreglo a la ley, pronunciándose en términos similares el art. 3.1 de la LGT, al señalarse en él que la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos y en los principios de justicia, generalidad, igualdad, progresividad, equitativa distribución de la carga tributaria y no confiscatoriedad.

Estas reglas, que constituyen una aplicación particular de principios constitucionales generales que deben conformar nuestro Derecho, demandan el establecimiento de un sistema tributario justo, puesto que la justicia es fundamento básico del orden constitucional y un valor superior de nuestro ordenamiento.

Sin embargo, hay que advertir que, por desgracia, el Tribunal Constitucional ha interpretado de forma muy criticable el alcance de estos principios, al haberlos flexibilizado en grado sumo.

Buena muestra de ello son, por ejemplo, sus especificaciones respecto al principio de capacidad económica recogidas en diversas Sentencias,<sup>56</sup> en las que puede detectarse, como ha señalado Alguacil Marí (1999, p. 575), una cierta debilidad de los principios de justicia en materia tributaria para fundamentar una resolución judicial anuladora de una disposición, al desprenderse de ellas que el Tribunal Constitucional concibe a este principio de capacidad económica —que según la ya citada Sentencia del Tribunal Constitucional n. 221/1992, de 11 de diciembre “no es un axioma del que puedan extraerse, por simple deducción lógica, consecuencias positivas, precisas y concretas, sobre la particular regulación de cada figura tributaria”<sup>57</sup>— solo como un “límite mínimo”,<sup>58</sup> al haber admitido la plena constitucionalidad del gravamen de las rentas meramente potenciales, toda vez que en citadas Sentencias se ha declarado que basta con que exista capacidad económica, como riqueza o renta real o potencial en los supuestos contemplados por el legislador, para que el principio de capacidad económica quede a salvo.

Esta noción de capacidad económica está desprovista de todo contenido material, como escribió en su momento Palao Taboada (1995, p. 63), manifestándose también, en parecidos términos, Nieto Montero (1995, p. 960), quien ha indicado, además, que este entendimiento tan laxo del principio de capacidad económica hace poco menos que imposible que se declare inconstitucional un tributo por vulneración del mismo, ya que difícil será que el legislador, en el amplísimo margen de libertad que se le concede, no pueda imaginar un hecho imponible o establecer unas normas de determinación de la base que se enmarque sin problemas en ese concepto de capacidad elaborado por el Tribunal Constitucional.

Otros autores que se han mostrado también críticos con esta doctrina del Tribunal Constitucional son, por ejemplo, Aparicio Pérez (2007, p. 26), quien ha señalado que si hay algo que necesariamente exige que sea real, objetivo, es precisamente la capacidad económica, y Falcón y Tella (2011, p. 11), quien ha escrito que la exigencia por

dicho Tribunal de que en todo tributo exista una capacidad al menos potencial, ha llevado a diluir completamente el contenido del principio de capacidad económica.

Otro ejemplo de lo expuesto es lo que ocurre con el principio de progresividad, que ya no es más una cáscara vacía, por haberse ido diluyendo sus exigencias hasta hacerlo irreconocible, como ha escrito Fabra Valls (2003, p. 644 y ss.).

Esto es fácil de comprobar de manera muy simple y sencilla observando, en el seno del ordenamiento tributario español, que dos de los tres principales impuestos del mismo: el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto sobre el Valor Añadido, se rigen por tipos proporcionales, y que el tercer pilar de esa triada: el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ha abandonado ya la progresividad para el gravamen de las de forma eufemística denominadas “rentas del ahorro”, existiendo, además, en todos ellos, un amplio cúmulo de deducciones y de regímenes especiales que contribuyen también, en buena medida, a atenuar inclusive la misma configuración proporcional.

Cierto es que el principio de progresividad se predica del sistema tributario en su conjunto, no de cada uno de los tributos en particular, por lo que es constitucional que existan impuestos proporcionales.

Ahora bien, si se tiene presente el dato, ya mencionado, de que los principales tributos existentes en España son proporcionales en todo, o en una parte significativa, se me antoja en verdad difícil alcanzar a comprender cómo el sistema pueda llegar a ser progresivo en su conjunto cuando las partes esenciales del mismo, tanto desde la óptica cualitativa como por la recaudación que con ellas se obtiene, no lo son.

Por ello, bien puede afirmarse que nos hallamos ante una palmaria contradicción entre el mandato de la Constitución, que si quiso un sistema progresivo, y lo establecido en las leyes reguladoras de los concretos impuestos del ordenamiento jurídico, que dispensan escasa estima a dicho principio de progresividad.<sup>59</sup>

Por ello, como ha escrito Navas Vázquez (2008, p. 1.834), “no parece ajustado a la realidad afirmar que el sistema tributario vigente en nuestro país ordene la contribución en función de la igualdad, ni de la riqueza, ni, por último, en función de ninguna progresividad”.

Parecidas consideraciones cabría hacer, en fin, respecto al principio de reserva de ley en materia tributaria, también en evidente retroceso, y sometido a un fuerte proceso de erosión como consecuencia de múltiples factores. Sería muy extenso, no obstante, tratar de forma detenida esta cuestión, por lo que para no cansar ya más la atención me permito remitirme a otros trabajos míos anteriores, en los que he profundizado sobre este importante aspecto.<sup>60</sup>

## CONCLUSIÓN

Después de este repaso de la legislación, jurisprudencia y doctrina tanto brasileña como española del concepto de tributo, se aprecia que en ambos ordenamientos esta

noción está regulada de forma bastante similar, respondiendo a la moderna concepción actualmente existente del derecho financiero y tributario que propugna que entre ingresos y gastos públicos tiene que existir, de forma necesaria, una íntima y profunda conexión, con abandono del tradicional enfoque individualista de esta rama del ordenamiento jurídico en favor de una visión redistributiva de la misma, cuyo eje central no estaría constituido tan solo por los ingresos tributarios, sino por la interdependencia entre éstos y los gastos públicos tendente a asegurar que éstos sean adecuados con los postulados derivados de la justicia financiera y, por extensión, social, asegurándose así que el dinero público, obtenido coactivamente con el sacrificio de los ciudadanos, sea usado solo en la forma prevista por el ordenamiento jurídico y para los fines institucionales que haya que cumplir en cada momento histórico, única forma de actuación ésta que permite hablar de “principio de justicia financiera”, que no es más que una abstracción de los principios de justicia inspiradores de las normas dirigidas a obtener ingresos públicos y de los principios de justicia en que debe basarse el gasto público.

En ambos ordenamientos jurídicos —brasileño y español—, se aprecia también la extrema complejidad que tienen las normas jurídicas dictadas para regular sus concretos institutos tributarios, lo que como es obvio dificulta el control de su aplicación, control que también se hace difícil, por otra parte, por la conocida incontinencia del legislador fiscal, que introduce sin interrupción modificaciones normativas, modificaciones en las que tantas veces resultan evidentes sus deficiencias, el carácter coyuntural o la intención puramente recaudatoria, con el deterioro evidente que ello, además, supone de la certidumbre jurídica, siendo así que la certeza sobre el Derecho aplicable constituye la exigencia primaria del principio de seguridad jurídica, del que, una de sus más elementales expresiones, es la exigencia de que la norma positiva, correctamente formulada desde la perspectiva formal, sea clara, toda vez que una legislación confusa, oscura e incompleta dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar, incluso, por empañar el valor de la justicia.

E igualmente, en esta misma línea, otro indudable factor de complejidad para asegurar un correcto control de la normativa tributaria viene representado, por la existencia de los denominados tributos extrafiscales, que si bien por lo expuesto en el cuerpo de este trabajo nos parecen necesarios, representan, sin embargo, un elemento más de complicación, por basarse los mismos en gran parte en principios constitucionales ajenos a la esfera propiamente tributaria; siendo reseñable, además, que incluso estos últimos se ven sometidos en los últimos tiempos a interpretaciones que los desnaturalizan, ya sea porque el legislador conceda más atención, mayor prioridad, a la recaudación antes que a los más elementales principios de justicia tributaria, lo que particularmente grave en el manejo y en la utilización de un instituto que, como el tributo, genera relaciones jurídicas de particular incidencia en el ámbi-

to de los derechos públicos subjetivos, ocasionándose con ello que a veces pueda llegar a afirmarse el déficit constitucional del derecho financiero y tributario en lo que atañe y se refiere a la protección de los derechos fundamentales y de las libertades públicas; ya sea por el fenómeno de la globalización económica, que ha originado la progresiva desaparición de las barreras a la libre circulación transfronteriza de capitales, lo que ha generado que los Estados se conviertan en competidores, para conseguir el mayor número de contribuyentes y atraer hacia su propio territorio un número importante de empresas y actividades económicas, propiciando que cada vez más estemos en presencia no ya de un Estado de derecho fiscal sino de un mercado de derecho fiscal, al sentirse condicionado el legislador de manera muy intensa por los márgenes de maniobra que le permite el mercado.

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 07/05/2012

## NOTAS

1 La Constitución portuguesa, después de priorizar como deber del Estado la “promoción del bienestar [...] y de la calidad de vida de las personas, en especial de las más desfavorecidas, en el marco de una estrategia de desarrollo sostenible” (art. 81, a), dispone que el sistema tributario tiene como objetivo satisfacer las necesidades financieras del Estado [...] y un reparto justo de los rendimientos y de la riqueza (art. 103).

La Constitución argentina dispone desde su promulgación en 1853/1860 que los “gastos de la Nación” serán atendidos, entre otras fuentes, por “contribuciones que equitativa y proporcionalmente el Congreso imponga al pueblo” (art. 4.º). En la revisión de 1994 se declaró que la distribución de los recursos nacionales “será equitativa, solidaria...” (art. 75, n. 2).

2 En la Constitución italiana, promulgada en 1947: “Art. 53. Todos tienen la obligación de contribuir a los gastos públicos en la medida de su capacidad contributiva. El sistema tributario se inspirará en criterios de progresividad”.

3 Por ejemplo, en garantía de cumplimiento contractual (Ley n. 8.666/93 – art. 56, § 1.º, I), o en garantía de la ejecución del crédito tributario (Ley n. 6.830/80, art. 7.º, II).

4 Mutuos de derecho público conexos al proceso financiero del Crédito Público.

5 Por ejemplo, daños en vehículos públicos por accidentes de tráfico.

6 Otros criterios serían el *político* (ingresos federales, estatales, provinciales y municipales), el *económico-contable* (ingresos corrientes y de capital —cf. Ley n. 4.320/64, art. 11), y el de *permanencia o periodicidad* (ingresos ordinarios y extraordinarios).

7 Deben destacarse aquí las participaciones gubernamentales en la explotación de petróleo o gas natural, de recursos hídricos con fines de generación de energía eléctrica y de otros recursos minerales (art. 20, § 1.º, de la Constitución Federal), que corresponden al precio de los recursos naturales.

8 Aquí se encuentra, tal vez, una faceta recóndita del principio de capacidad contributiva, que habiendo nacido en el ámbito tributario, se ha extendido a todo el derecho financiero, iluminando la clasificación de EINAUDI, permitiendo distinguir los precios públicos de los precios subsidiados con fundamento en las diferentes condiciones socioeconómicas de los diversos usuarios de los servicios públicos (1998, p. 103-107). Cf. también Marçal Justen Filho, al aceptar la aplicación de “una modalidad del principio de capacidad contributiva” a las circunstancias subjetivas patrimoniales de los usuarios de los servicios tarifados (2003, p. 376); e Aline Paola Câmara de Almeida (2009, p. 88-92), a propósito de las *tarifas sociales*.

9 Cf. art. 5.º, XLVI, “b”, y art. 243 y párrafo único, de la Constitución Federal; art. 91 del Código Penal; art. 12, I, de la Ley n. 8.429/92 —deshonestidad administrativa.

10 “... porque sus poderes derivaban en un tercio de cada tribu” (MEIRA, 1978, p. 6).

11 En opinión de Bidart Campos, “la obtención de recursos para el Erario y la realización de los gastos tienen una finalidad inequívoca [...] que las políticas públicas se dediquen a la atención de las necesidades sociales” (1999, p. 363).

12 Según el clásico Thomas Cooley, la justificación de la tributación reside en los “deberes recíprocos de protección y apoyo entre el Estado y aquéllos que están sujetos a su autoridad” (1886, p. 2).

13 El derecho tributario brasileño hace mucho que ha positivado políticas públicas: en la Constitución de 1934, salud pública para la familia y educación pública primaria gratuita (arts. 145, 149, 150, párrafo único); en la Constitución de 1946, exención fiscal para los artículos de primera necesidad y para el tratamiento médico de las personas de capacidad económica limitada, la utilización de la propiedad condicionada al bienestar social, y la determinación de la creación por ley de establecimientos de crédito para apoyar la producción agrícola y ganadera (arts. 15, § 1.º, 147 y 150). Ambas Constituciones incidieron en los derechos sociales, preconizando en especial la asistencia médica y sanitaria para el trabajador y la gestante, y financiando la seguridad social a través de contribuciones estatales, del empleador y del empleado, por ejemplo (art. 121, § 1.º, “h”, y art. 157, XIV y XVI, respectivamente), manteniéndose el mismo criterio en la Constitución de 1967 (art. 158, XI, XV y XVI), y en la vigente de 1988 (art. 7.º, XVIII, XXIV), que ha ampliado la tutela respectiva en el Capítulo de la Seguridad Social (arts. 194 y ss. de la CF/1988).

14 Cf. nuestros artículos “Contribuições para-fiscais, finalidade e fato gerador”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 7, São Paulo: Dialética, out./2001, p. 53-63; “Contribuições sociais, desvio de finalidade e a dita reforma da previdência social brasileira”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 108, São Paulo: Dialética, set./2004, p. 129; “O conteúdo da extrafiscalidade e o papel das CIDES. Efeitos decorrentes da não utilização dos recursos arrecadados ou da aplicação em finalidade diversa”. *Revista Dialética de Direito Tributário*, v. 131, São Paulo: Dialética, ago./2006, p. 63.

15 Lo mismo cabe decir de la *política constitucional para la educación*, con “contenidos mínimos” que deben ser respetuosos de los “valores culturales y artísticos, nacionales y regionales” (art. 210), teniendo la Unión que emplear un mínimo del 18%, y los Estados, Distrito Federal y Municipios, del 25%, de sus respectivas recaudaciones tributarias “en el mantenimiento y desarrollo de la educación” (art. 212). No se olvida, además, el deber constitucional “de la familia, de la sociedad y del Estado de asegurar a los niños y a los adolescentes, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud”, etc., al disponerse que “el Estado promoverá programas de asistencia integral para la salud de niños y de adolescente” (art. 227, *caput* e § 1.º), acciones de asistencia social estas que serán “realizadas con recursos del presupuesto de la seguridad social” además de otras fuentes (§ 7.º del art. 227 c/c el art. 204). Se trata, por tanto, de determinaciones constitucionales tutelares de los derechos humanos atinentes a una vida digna, consagrados además por los objetivos fundamentales de la República, especialmente los de construir una sociedad libre, justa y solidaria (art. 3.º I).

16 Iniciativa del Ministro de Hacienda, Osvaldo Aranha, que encomendó el anteproyecto a Rubens Gomes de Sousa (1953).

17 Art. 119.

18 Art. 121 y párrafo único.

19 Dispone el CTN: “Art. 118. La definición legal del hecho imponible debe interpretarse abstrayéndose: I – de la validez jurídica de los actos efectivamente realizados por los contribuyentes, responsables, o terceros, así como de la naturaleza de su objeto o de sus efectos; II – de los efectos de los hechos efectivamente producidos”.

20 Aunque manifiestamente polémicos los conceptos de *contribuição parafiscal* y de *préstamo obligatorio*, nos inclinamos con la mejor doctrina por considerarlos como tributos, por ser posible su inclusión en la definición, sustancialmente correcta, del art. 3.º del Código Tributario Nacional; ambos son prestaciones pecuniarias, públicas y obligatorias, que no constituyen sanción de actos ilícitos, instituidas por ley, debidas con fundamento en la realización de hechos imposables y cobradas por lanzamiento (acto administrativo vinculado). Conceptuamos la *contribuição parafiscal* como el tributo debido a entidades paraestatales o fundaciones públicas por razón de actividades públicas especiales desarrolladas por ellas. Y *préstamo obligatorio*, el tributo pagado bajo promesa unilateral de su íntegra restitución.

21 Dávio Antonio Prado Zarzana detalla las treinta y seis *contribuições* vigentes en Brasil al lado de los catorce impuestos admitidos expresamente por la Constitución (2010, p. 33-123).

22 En cuanto a los principios de anualidad y de ejercicio financiero, cf. la lección de Flávio Bauer Novelli (p. 94), trabajo primoroso, profundo estudio histórico y doctrinal del tema.

23 En este juicio, de fecha 1.º de julio de 1992, el voto conductor del acuerdo incluyó expresamente a las contribuciones parafiscales entre las figuras tributarias (*en* Revista de Direito Administrativo, n. 190, p. 78, 82-83).

24 Cf., OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Espécies de tributos”. *Revista de Direito Administrativo*, *op. cit.*, 46-51.

25 Cf. A. D. Gianinni: “los tributos tiene tres características: debidos a un ente público; fundamentados en el poder de imperio del Estado; tienen la *finalidad* de proporcionar los medios para afrontar las necesidades financieras del mismo”. *En I Concetti Fondamentali del Diritto Tributario*, *apud* Nicola D’Amati, *Derecho Tributario, Teoría y Crítica*, *cit.*, p. 21.

26 La jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal confirma la orientación establecida por el Plenario en un caso aislado, en el que se declaró la inconstitucionalidad del recargo de mora del “ICM” (IVA) del Estado de São Paulo (adoptada por el tribunal como integrante del *produto de la recaudación* del impuesto, en proporción del 20% del total, dirigido a los Municipios (art. 23, § 8.º, de la Constitución de 1967), por haberse afectado a la institución filantrópica denominada “Santa Casa da Misericórdia”; planteada la cuestión preliminar de falta de interés del contribuyente en la declaración de inconstitucionalidad porque, se aceptase o no, el incremento continuaría siendo exigido, solo que en beneficio de las arcas públicas, el Tribunal rechazó esta cuestión preliminar, con rotundo voto discrepante del Ministro Moreira Alves (Magistrado): “A mi juicio, desde que el incremento se crea por la ley con un destino específico, que es inconstitucional, dicho destino específico contamina al propio incremento. [...] estando creado dicho incremento para atender una finalidad que está prohibida por la Constitución. Por tanto, en mi opinión, si la finalidad es inconstitucional, el incremento creado para atenderla también lo será” (Recurso Extraordinario n. 97.718/SP, j. el 24.03.1983, ac. unánime, *en* Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, v. 106, p. 1.132-1.137, especialmente p. 1.135). Tal argumentación se ha reiterado en los enjuiciamientos de diversos recursos extraordinarios, en los que se afirmó la inconstitucionalidad de la Ley Estado de São Paulo n. 6.556, de 30 de noviembre de 1989, que aumentó en un 1% la alícuota del nuevo “ICMS” (IVA), con afectación específica del incremento para atender el aumento de capital del banco denominado “Caixa Econômica estatal”, para la financiación de un programa habitacional [*leading case*: RE n. 183.906 (Pleno, 18.09.1997), publicado en DJU de 30.04.1998, *Ementário* 1908-03].

27 Y la restitución de los préstamos obligatorios que, según Amílcar Falcão (1966), es una forma especial de destinación específica.

28 “La evolución del papel del Estado desde un ideario liberal a una concepción social de los poderes públicos abre el camino al intervencionismo de los entes públicos para alcanzarse los múltiples objetivos que les asignan los ordenamientos jurídicos, de forma especial las respectivas Constituciones” (LÓPEZ DÍAZ, 1997, p. 27).

29 Para Alonso González “este tipo de tributo extrafiscal, casi químicamente puro, se da muy aisladamente. Lo más frecuente es encontrar fines fiscales y extrafiscales entrelazados” (1995, p. 23).

30 En ese sentido, la libertad se ve como un vector de orden económico, entendiéndose la economía como la “Ciencia de la Elección”, en palabras de Denise Flouzat, citadas por Oscar Dias Corrêa (1994, p. 151). Por eso Keynes, según Bezerra Falcão (1981, p. 19), vio en el intervencionismo extrafiscal la mejor salvaguardia de la libertad personal y de la multiplicación de las alternativas vitales (“Es remedio para curar la enfermedad al mismo tiempo que preserva la eficacia de la libertad”).

31 *Tributación sancionadora o punitiva* es una expresión que se contradice en sus términos, incompatible con el concepto doctrinal de tributo y con el concepto positivado en el art. 3.º del CTN.

32 También en “Tributación medioambiental y principio de justicia tributaria”. *Tratado de tributación medioambiental*, v. I, p. 103-122, especialmente p. 106.

33 Para un análisis crítico de las clasificaciones de los tributos, ver OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. “Espécies de tributos”. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Renovardonde se formuló un criterio de clasificación con base en el principio de capacidad contributiva. La clasificación propuesta es compatible con la tricotomía adoptada por la Constitución Federal brasileña, pareciendo que, en verdad, como ya se indicó, la misma es esclarecedora o reveladora de las propias virtudes de esta última. García Belsúnce asevera que “las preferencias tributarias solo se legitiman si, además de adecuarse al principio de capacidad contributiva, se fundamentan en la necesidad o conveniencia de atender a fines de interés nacional que conduzcan al bienestar general” (1982, p. 99).

34 Causa preocupación cierta tendencia legislativa de asemejar tasas con impuestos, incluso en materia ambiental. Parece que esa desviación debe combatirse, bajo pena de perderse la identidad científica de cada una de estas categorías teóricas. Son ejemplos de este equívoco: la tasa de fiscalización de la comisión de valores mobiliarios, cuya base de cálculo varía en función del patrimonio líquido de la empresa fiscalizada, elemento que tiene que ver con la riqueza del contribuyente y no con el *quantum* del servicio público fiscalizador, cuando el elemento conexo a este sería el volumen de títulos introducidos en el mercado (obligaciones y acciones); tasas de recolección de basuras que toman como criterio de graduación la superficie del inmueble del contribuyente, cuando deberían tomar en cuenta el número de habitaciones o el número de ocupantes como elemento de conexión razonable con la presunción de producción de residuos; la Tasa de Fiscalización del Ibama y otras que siguen su modelo, cuando toman en consideración para su medición el montante (ingresos) del contribuyente, elemento que no tiene conexión con la carga de servicio desarrollado por la fiscalización ambiental. Aunque se comprenda que, para los economistas, todos los tributos sean percibidos como impuesto, para el Derecho la distinción entre impuestos y tasas está iluminada por el imperativo de igualdad: todos los que tienen capacidad contributiva pagan impuestos (que financian los gastos generales), pero las personas que también generan gastos específicos al Poder Público, como las inspecciones o fiscalizaciones, pagan también tasas (y, así, no se cargan a expensas de la colectividad). De ahí que, si la base de cálculo del tributo es la expresión económica del hecho imponible o generador, y si este, en el caso de la tasa, es el ejercicio de una actividad administrativa, de ello se sigue que la base de cálculo de la tasa debe siempre referirse al coste del servicio público a que corresponde.

35 Es firme la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal en el sentido de la ilegitimidad de las tasas de limpieza pública o de barrido de lugares públicos, “en beneficio de la población en general y sin posibilidad de individualizar a sus respectivos usuarios” (RE n. 370.106 AgR/RJ, 1.ª Turma, Relator Ministro (Magistrado) Eros Grau, j. en 26.04.2005, DJ de 13.05.2005), servicio de “carácter universal e indivisible” (AI n. 456900 AgR/MG, 1.ª Turma, Relator Ministro (Magistrado) Cezar Peluso, j. en 1.º.02.2005, DJ de 04.03.2005).

36 Véase sobre esto la reseña que hace Leonel Cesarino Pessoa, que apunta las incoherencias en la jurisprudencia del STF (2009, p. 95-106).

37 Representação n. 1.077/RJ, disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=263851>>, j. en 28.03.1984.

38 “Siempre que sea posible, los impuestos se graduarán según la capacidad económica de los contribuyentes...”

39 Disponible en <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=622717>>, j. en 1.º-12-2010.

40 El caso trascendental, conexo a la capacidad contributiva, se refiere a la decisión de 7 de abril de 2011 en la que el Ministro (Magistrado) Joaquim Barbosa suspendió preliminarmente la decisión del Superior Tribunal de Justicia según la que solo los contribuyentes *de iure* podían discutir judicialmente la incidencia y la recuperación de las cantidades de IVA sobre la demanda contratada de energía eléctrica. Decidió S. Ex. que: “En estos casos, es lícito evidenciar el choque entre el interés jurídico de los concesionarios del servicio y el de los consumidores industriales de energía eléctrica, pues es presumible que los primeros estén poco afectados patrimonial o competencialmente por modificaciones de la carga tributaria cuyo traspaso al siguiente eslabón de la cadena productiva es obligatorio. Por tanto, en este momento de juicio inicial, propio para adoptar medidas de urgencia, es posible que el desencadenamiento de la controversia se produzca por

la aplicación directa de la regla de la capacidad contributiva, en favor o en contra de los consumidores industriales (art. 145, § 1.º de la Constitución como criterio para definir el acceso a la justicia). Disponible en <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4049180>>. Acción cautelar-AC n. 2.827.

41 Véanse, entre otras, las Sentencias del Tribunal Constitucional n. 4/1981, de 2 de febrero, n. 16/1982, de 28 de abril, n. 206/1992, de 30 de noviembre, n. 31/1994, de 31 enero, n. 47/1994, de 16 de febrero, n. 98/1994, de 11 de abril, n. 240/1994, de 20 de julio, n. 281/1994, de 17 de octubre, n. 307/1994, de 14 de noviembre, n. 88/1995, de 6 de junio, n. 112/1996, de 24 de junio, n. 182/1997, de 28 de octubre, y n. 169/2003, de 29 de septiembre, en todas las que se ha declarado que la Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal, tanto los ciudadanos como todos los poderes públicos, y por consiguiente también los jueces y magistrados integrantes del poder judicial, están sujetos a ella.

42 Así se ha pronunciado también la doctrina, pudiendo citarse, entre otros autores, a Lozano Serrano (1990, p. 16 y ss.); Lasarte Álvarez (1993, p. 10); y Rodríguez Bereijo (1998, p. 129 y ss.; 1998, p. 595 y 2005, p. 8).

43 Como ha escrito García Novoa (2005, p. 243): “La Constitución financiera permite hablar de unos valores ‘básicos’ de justicia que afectan al fenómeno financiero en su conjunto, y que le dotan de unos fines a los que obedecen tanto los ingresos como los gastos públicos. Esos valores son el apoyo axiológico del nexo ingreso-gasto público que constituye la razón última de la *esencia contributiva* del tributo”.

44 Esta es la causa inmediata de que el sector público se vea obligado a afrontar cuantiosos gastos, lo que ya fue auspiciado hace tiempo, por otra parte, por Wagner (1909) quien mantuvo que éstos iban a aumentar indefectiblemente con el paso del tiempo, y ello por un doble motivo: en primer lugar, por la aparición de nuevas necesidades públicas a atender por los entes públicos, y, en segundo término, por la parcial sustitución de la actividad privada por la pública en la cobertura de las aspiraciones y deseos ciudadanos.

También, desde otra óptica, milita a favor de esta corriente la opinión de O'Connor (1981, p. 12 y 15), uno de los más destacados representantes de la “Nueva Izquierda Americana”, quien ha afirmado que los gastos sociales, en la sociedad capitalista moderna, no responden tanto al deseo de elevar el nivel de vida de los sectores sociales menos favorecidos, cuanto a razones mucho más interesadas para la pervivencia incluso del propio Estado contemporáneo, indicando este autor al respecto que los poderes públicos cumplen en la actualidad dos funciones contradictorias, pero necesariamente complementarias, ya que, mientras por un lado, deben garantizar tanto la inversión social como el consumo social para mantener unas condiciones aceptables que permitan la acumulación del capital, por otro, deben recabar, vía impuestos, los recursos necesarios para financiar tales gastos, pero sin afectar a ese mismo sector capitalista, lo cual les impide hacer una política impositiva lo suficientemente efectiva para que no se produzca el déficit estructural.

Ilustrativas a este respecto son asimismo las afirmaciones de Fuentes Quintana (1985, p. XXXII), quien, siguiendo a Schumpeter, Downs, y Riker, señaló que un político en una democracia “trata de servir a los grupos de interés para ganar el poder. Es un empresario que vende política por votos”. El gasto público constituye una oportunidad para esa competencia política. Por este motivo, el político/parlamentario que se niegue a participar en esa competencia política ofreciendo programas para un gasto mayor difícilmente ganará el poder.

45 Solo de esta manera, a través de una función redistributiva de la Hacienda Pública que funcione de manera desigual en sus dos brazos, en el del tributo y en el del gasto público, puede cumplirse la exigencia constitucional de un orden más igualitario y más justo, cumpliendo así el Derecho financiero y tributario lo que Bobbio denominó *función distributiva y función promocional del Derecho*.

46 Por eso se ha afirmado por Forstohff (1986, p. 104), que el “Estado social lo es fundamentalmente a través de su función impositiva”, ya que la facultad estatal en materia tributaria le permite desempeñar una parte importante de sus funciones sociales de tal modo que, mediante la recaudación y distribución, corrija el sistema de reparto de riqueza y alcance el cumplimiento de los derechos sociales o de prestación.

Estoy de acuerdo con esta idea, por lo que no comparto aquellas afirmaciones como las de Grosseketler, recogidas en la obra de Barquero Estevan (2002, p. 93 y ss.), de que debe establecerse un sistema financiero basado en esencia en las tasas, marginando los impuestos a una función residual. Esta tesis, como bien critican el propio autor que se acaba de citar, y Herrera Molina (2004, p. 21), implica un desmantelamiento de los principios de justicia que sustentan el Estado Social de Derecho.

47 En similares términos, se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional, al definir al tributo como “una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los Entes públicos con la finalidad de

contribuir al sostenimiento de los gastos públicos”. Véanse, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal Constitucional n. 182/1997, de 28 de octubre, n. 233/1999, de 16 de diciembre, y n. 194/2000, de 19 de julio.

48 Indicaré simplemente, siguiendo a Gonzalez García (1991, p. 433, y “2008, p. 605), que al precisar el concepto de tributo la doctrina ha recorrido un largo camino, fijándose primero en la naturaleza del ente titular de la prestación, tratando de encontrar un fundamento racional a la imposición (teoría de la causa); más tarde, objetivó ese conocimiento prestando mayor atención a la estructura de la relación (A.D. Giannini) o al carácter de la prestación (M.S. Giannini), para centrarse en el estadio actual de su desarrollo en una consideración finalista sobre los objetos a los que el tributo sirve (cobertura de gastos) y en la concepción evolucionada y técnicamente más aceptable de la teoría de la causa, que proporciona el principio de gravamen según la capacidad económica de quien ha de soportarlo.

49 Sobre la coactividad, como nota distintiva del tributo, más que sobre el fin fiscal del mismo, se centra la definición de tributo de Palao Taboada (1995, p. 30).

50 Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 182/1997, de 28 de octubre, en la que se declaró que debía descartarse de *radice* en este supuesto la naturaleza tributaria de esta prestación patrimonial, al ser los trabajadores, y no los Entes públicos, los destinatarios de los pagos que los empresarios debían satisfacer.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en la Sentencia del Tribunal Constitucional n. 102/2005, de 20 de abril, se calificó como tributos las tarifas portuarias percibidas por operadores privados. Falcón y Tella (2011, p. 9), ha escrito que se trata de una afirmación poco meditada; y en la misma línea Moreno González (2008) ha afirmado esta sentencia supone “una quiebra o, al menos, cierta confusión en la doctrina constitucional en relación con el concepto de tributo y su diferenciación respecto de la figura de la prestación patrimonial de carácter público”; y ello porque es evidente que “la calificación como tasas, a efectos constitucionales, de las tarifas de servicios públicos gestionados por sujetos particulares conllevaría una ampliación del concepto de tributo que tiende a diluir la distinción entre prestación patrimonial de carácter público y tributo que el propio Tribunal ha venido estableciendo”.

51 Hay que apresurarse a indicar que esto no supone que un tributo no pueda recaer sobre un hecho o actividad ilícita o contraria al ordenamiento. Teniendo presente la función del tributo como instrumento para realizar el deber de contribuir de acuerdo con el principio de capacidad económica, es evidente que las actividades ilícitas que pongan de manifiesto dicha capacidad deben tributar. Véanse en este sentido, entre otros autores, Forte (p. 121); Falcón y Tella (1999, p. 5); Chico de la Cámara (1996, p. 7 y ss.); Puebla Agramunt (2001, p. 317); y García Novoa (2005, p. 268).

52 Véase, entre otros muchos autores, Martínez Lago (1990, p. 143).

53 Véanse también en el mismo sentido, entre otros muchos autores, Albiñana García-Quintana (1981, p. 117 y ss.); Pérez de Ayala (1984); Martínez Lafuente (1985, p. 189); Borrero Moro (1995, p. 558); Lago Montero (2000, p. 119); y González García (2008, p. 601 y 615).

54 Véase una exposición descriptiva de ellos en, por ejemplo, Portillo Navarro (2006, p. 12 y ss.), y González García (2008, p. 635 y ss.); y un análisis más detallado en Rozas Valdés (2006, p. 11 y ss.).

55 Al “enmascaramiento” de fines recaudatorios bajo una apariencia ecológica se han referido también, entre otros autores, Herrera Molina y Serrano Antón (1994, p. 53); Borrero Moro (1997, p. 1.081 ss.); Jiménez Hernández (1999, p. 1.360); Álvarez García, Aparicio Pérez y González González (2004, p. 112); y Luchena Mozo y Patón García (2005, p. 21).

56 Por ejemplo, n. 27/1981, de 20 de julio, n. 37/1987, de 26 de marzo, n. 209/1988, de 10 de noviembre, n. 45/1989, de 20 de febrero, n. 221/1992, de 11 de diciembre, n. 186/1993, de 7 de junio, n. 214/1994, de 14 de julio, n. 14/1998, de 22 de enero, y n. 295/2006, de 11 de octubre.

57 Esto no son sino meras palabras huecas y vacías de contenido, por lo que considero, con Sánchez Serrano (1997, p. 565), que este principio merece, sin duda, un mayor esfuerzo exegético y doctrinal por parte de nuestro supremo intérprete de la Constitución.

58 El mismo tiene, pues, solo la función relativamente modesta de limitar al legislador, esto es, una función esencialmente negativa de resistencia frente al poder. Como ha escrito Pauner Chulvi (2001, p. 188), debemos conformarnos con una eficacia muy restringida de este principio, en el sentido de que solo puede accionarse en una vertiente negativa: la obligación de no contradecirlo de forma que no quepa el establecimiento de ningún tributo sin base económica.

59 Esto quizá ha sucedido, en el afán de buscar alguna explicación a este fenómeno, porque en un plano abstracto es muy difícil determinar hasta donde puede ir la progresividad sin incurrir en contraste con la prohibición de la confiscatoriedad, que, de conformidad con lo señalado por buena parte de la doctrina, no sería sino la expresión de un límite a la progresividad del sistema tributario.

Ello implica el nacimiento de una cierta contradicción, ya que, por un lado, los impuestos progresivos parecen imponerse en nuestra Constitución como medios adecuados para el logro de la igualdad real y efectiva, y, por otro, se reconoce que una elevada progresividad podría incurrir en inconstitucionalidad por producir resultados tachados de confiscatorios.

60 Véanse Checa González (1987, p. 783 y ss.; 2010, p. 7 y ss.; y 2010, p. 79 y ss.).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAMONTE. *Corso di diritto finanziario*. Napoli, 1969.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA. “Los impuestos de ordenamiento económico”. *Hacienda Pública Española*, n. 71, 1981.
- ALGUACIL MARÍ. “La capacidad económica como parámetro de enjuiciamiento”. *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n. 253, 1999.
- ALMEIDA, Aline Paola Câmara de Almeida. *As tarifas e demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ALONSO GONZÁLEZ. *Los impuestos antonomicos de caracter extrafiscal*. Madrid: Marcial Pons, 1995.
- ÁLVAREZ GARCÍA, APARICIO PÉREZ y GONZÁLEZ. “La autonomía tributaria de las Comunidades Autónomas de régimen común”. Instituto de Estudios Fiscales, *Doc. n. 20/2004*.
- AMED, Fernando José; NEGREIROS, Plínio José Labriola de Campos. *História dos tributos no Brasil*. São Paulo: Edições Sinafresp, 2000.
- APARICIO PÉREZ. “La falacia de la capacidad económica como criterio informador de los tributos”. *Revista de información fiscal*, n. 79, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- BALEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. 13. ed., atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- BANALOCHE PEREZ. *Manual de economía financiera*. Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1971.
- BARQUERO ESTEVAN: *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- BIDART CAMPOS, Germán. *El orden socioeconómico en la Constitución*. Buenos Aires: Ediar, 1999.
- BORRERO MORO. “Los fines no fiscales de los tributos: a propósito de una jurisprudencia reiterada”. *Revista de Hacienda Local*, n. 75, 1995.
- \_\_\_\_\_. “El principio de igualdad y la tributación ambiental: el impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente”, *Jurisprudencia Tributaria*, 1997, tomo I.
- CALLE SAIZ. “Política económica: objetivos e instrumentos”. *Revista Presupuesto y Gasto Público*, n. 3, 1979.
- CALVO ORTEGA. *Curso de derecho financiero*. 9. ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2005, v. I. *Derecho Tributario*, parte general.
- \_\_\_\_\_. “Tributación medioambiental y principio de justicia tributaria”. En: BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS (Orgs.). *Tratado de tributación medioambiental*. Pamplona: Aranzadi, 2008, v. I.
- CASADO OLLERO. *El sistema impositivo de las Comunidades Autónomas*. Instituto de Desarrollo Regional, Universidad de Granada, 1981.
- \_\_\_\_\_. “Los fines no fiscales de los tributos”. *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, VV.AA., 1991, v. I.
- CAZORLA PRIETO. *Poder tributario y Estado contemporáneo*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1981.
- CHECA GONZÁLEZ. “Los impuestos con fines no fiscales: notas sobre las causas que los justifican y sobre su admisibilidad constitucional”. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 40, 1983.

- \_\_\_\_\_. “El principio de reserva de ley en materia tributaria”. *Estudios de Derecho y Hacienda*. Madrid: VV.AA., Ministerio de Economía y Hacienda, 1987, v. II.
- \_\_\_\_\_. *Los impuestos propios de las Comunidades Autónomas. Ensayo de superación de las fuertes limitaciones existentes para su implantación*. Aranzadi & Thomson, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Propuestas para un nuevo modelo de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, en materia de impuestos propios y cedidos*. Aranzadi & Thomson, 2008.
- \_\_\_\_\_. “La crisis del principio de reserva de ley en materia tributaria”. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 145, 2010.
- \_\_\_\_\_. “Globalización económica y principios tributarios”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 22, 2010.
- CHICO DE LA CÁMARA. “La tributación de los actos ilícitos: aplicabilidad de las soluciones adoptadas en el Derecho italiano al Derecho español”. *Revista de Estudios Financieros*, n. 163, 1996.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Comentários à Constituição de 1988 (Sistema Tributário)*. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
- COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público-MP na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais”. En CUNHA, Sérgio S., e GRAU, Eros R., (Coords.). *Estudos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- COOLEY, Thomas. *A Treatise on the Law of Taxation*. New York & London, Johnson Reprint Corp., 1st. reprint of the second edition, greatly enlarged – 1886.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O sistema político-econômico do futuro: o societarismo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.
- COSCIANI. *Istituzioni di scienza delle finanze*. Torino, 1964.
- D’AMATI, Nicola. *Derecho Tributario, Teoría y Crítica*. Madrid: Ed. Derecho Financiero, 1989 (trad. española de la edición italiana de 1985, *Diritto Tributario, Teoria e Critica, Torino, Ed. UTET*).
- DOMINGUES, José Marcos. *Direito tributário e meio ambiente*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). *Direito tributário e políticas públicas*, São Paulo: MP Editora, 2008.
- \_\_\_\_\_. “Tributação, orçamento e políticas públicas”. *Revista Interesse Público*. Belo Horizonte: IP, v. 63, set./out.-2010.
- \_\_\_\_\_. “Legitimação constitucional dos tributos e princípio da capacidade contributiva”. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, v. 182, set.-2011.
- \_\_\_\_\_. *Tributos medioambientales en Brasil: una perspectiva comparada con España*. Quincena Fiscal. Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), n. 22, dec II – 2011, p. 37-52.
- FABRA VALLS. “Solidaridad y derecho financiero en una sociedad neocompetitiva”. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 120, 2003.
- FALCÃO, Amílcar de Araújo. *Fato gerador da obrigação tributária*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- FALCÓN Y TELLA. “La posibilidad de gravar los hechos constitutivos de delito”. *Quincena Fiscal*, n. 7, 1999.
- \_\_\_\_\_. “El concepto de tributo «desde la perspectiva constitucional» y la supresión del párrafo segundo del art. 2.2.a) LGT”. *Quincena Fiscal*, n. 11, 2011.
- FANUCCHI, Fábio. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Resenha Tributária, 1976, v. I.
- FICHERA. *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*. Ed. Scientifiche Italiane, 1973.
- FIGUEIREDO, Maria Fernanda Lemos de. “Uma crítica à instituição do “imposto ecológico” com base no princípio do ‘poluidor-pagador’”. *Arché: interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Universidade Cândido Mendes, v. 9, n. 27, ano 2000.
- FIGUEROA NERI. “Ocho mitos y una ausencia en los tributos ambientales”. *Crónica Tributaria*, n. 82-83, 1997.
- FORSTOHEF. “Contenido y esencia del Estado social de Derecho”. *El Estado Social*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, VV.AA., 1986.
- FORTE. “Sul trattamento fiscale dell’attività illecita”. *R. di Diritto Finanziario*, v. II.
- FUENTES QUINTANA. “El déficit público: lecciones de la experiencia española”. *Papeles de Economía Española*, n. 23, 1985.
- GAFFURI. *L’attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969.
- GALGANO. *Le istituzioni dell’economia capitalistica. Società per azioni. Stato e classi sociali*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1980.
- GARCÍA BELSÚNCE, Horacio. *Temas de derecho tributario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- GARCÍA DE ENTERRÍA. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1985.
- GARCÍA NOVOA. “El concepto constitucional de tributo: una visión al cumplirse los 25 años de vida de la Constitución”. *Estudios de Derecho financiero y tributario en homenaje al profesor Calvo Ortega*. Valladolid: VV.AA., Lex Nova, 2005, t. I.
- \_\_\_\_\_. “La financiación de las Comunidades Autónomas a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *25 años de financiación autonómica*. VV. AA., Parlamento de Cantabria, 2005.

- GARCÍA-PELAYO. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. 2. ed. Alianza Universidad, 1980.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M. *Derecho financiero*. 7. ed. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- GONZALEZ GARCÍA. "Clasificación de los tributos: Impuestos y tasas". *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Homenaje a Fernando Sainz de Bujanda*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, VV.AA., 1991, v. I.
- \_\_\_\_\_. "Los tributos extrafiscales en el Derecho español". *Justicia y Derecho tributario. Libro homenaje al profesor Julio Banacloche Pérez*. Madrid: VV.AA., La Ley, 2008.
- HERRERA MOLINA. "La irrelevancia jurídica del concepto constitucional de tributo". *Quincena Fiscal*, n. 2, 2004.
- HERRERA MOLINA y SERRANO ANTÓN. "La protección del medio ambiente en la Comunidad Europea a la luz de la Constitución". *Noticias de la Unión Europea*, n. 117, 1994.
- JARACH, Dino. *O fato impositivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989 (trad. bras. da 3. ed. Abeledo Perrot).
- JIMÉNEZ HERNÁNDEZ. "Comentarios acerca del Impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Extremadura". *Impuestos*, 1999, t. I.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.
- LAGO MONTERO. *El poder tributario de las Comunidades Autónomas*. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- LA ROSA. *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*. Milano, 1968.
- LASARTE ÁLVAREZ. *El sistema tributario actual y la situación financiera del sector público*. Sevilla: Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993.
- LEJEUNE VALCARCEL. "Aproximación al principio constitucional de igualdad tributaria". *Seis estudios sobre Derecho constitucional e internacional tributario*. Madrid: VV.AA., Edersa, 1980.
- LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. "Reflexões em torno do princípio republicano". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo: USP, n. 100, jan./dez.-2005.
- LÓPEZ DÍAZ, Antonio. "Las modalidades de la fiscalidad ambiental". En: MELLO, Celso A. B. (Coord.), *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba, I - Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- LOZANO SERRANO. *Consecuencias de la jurisprudencia constitucional sobre el Derecho financiero y tributario*. Madrid: Civitas, 1990.
- LUCHENA MOZO y PATÓN GARCÍA. "Las líneas actuales de gravamen en la tributación medioambiental". *Quincena Fiscal*, n. 18, 2005.
- MARTÍN RETORTILLO. *Derecho administrativo económico*, I, Madrid: La Ley, 1988.
- MARTINS, Marcelo Guerra. *Tributação, propriedade e igualdade fiscal sob elementos de direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- MARTÍNEZ LAFUENTE. *Derecho tributario. Estudios sobre la jurisprudencia tributaria*. Madrid: Civitas, 1985.
- MARTÍNEZ LAGO. "Los fines no fiscales de la imposición y la prohibición de confiscatoriedad". *Gaceta Fiscal*, n. 81, 1990.
- MEIRA, Sílvio. *Direito tributário romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- MICHELL. "Profili critici in tema di potestà di imposizione". *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1964, parte I.
- MORENO GONZÁLEZ. "Las tarifas exigidas por la prestación de servicios portuarios son tasas". *Crónica Tributaria*, n. 127, 2008.
- MYRDAL. *El Estado del futuro*. México: Fondo de Cultura Económica, 1960.
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998.
- NAVAS VÁZQUEZ. "Algunos fallos del sistema tributario". *Estudios jurídicos en memoria de Don César ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA*. Madrid: VV.AA., Instituto de Estudios Fiscales, 2008, v. II.
- NEUMARK. *Problemas económicos y financieros del Estado intervencionista*. Madrid: Ed. Derecho Financiero, 1964.
- NIETO MONTERO. "El principio de capacidad contributiva y su reflejo en la jurisprudencia constitucional". *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, n. 238, 1995.
- NOGUEIRA, Rui Barbosa. *Curso de direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Bushatsky, 1969.
- NOVELLI, Flávio Bauer. "O princípio da anualidade tributária". *Revista Forense*, v. 267, p. 94, *passim*.
- OBERSON, Xavier. *Les taxes d'orientation*. Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, Faculté de Droit de Genève, 1991.
- O'CONNOR. *La crisis fiscal del Estado*. Península, 1981.
- OLIVEIRA, José Marcos Domingues de. "Espécies de tributos". *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: FGV-Renovar, 1991, v. 183, p. 42-55.
- \_\_\_\_\_. *Direito Tributário - Capacidade Contributiva*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- OTTAVIANO. "Il governo dell'economia: i principi giuridici". *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. Padova: Cedam, 1977, v. I, La Costituzione económica.
- PALAO TABOADA. "Los principios de capacidad económica e igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español". *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 88, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Derecho financiero y tributario*. 21. ed. Madrid: Colex.

- PAUNER CHULVI. *El deber constitucional de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.
- PÉREZ DE AYALA. “Los artículos 3 y 4 de la Ley General Tributaria desde una perspectiva actualizada”. *Crónica Tributaria*, n. 50, 1984.
- PESSOA, Leonel Cesarino. “O princípio da capacidade contributiva na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. *Revista Direito GV*. São Paulo: FGV, n. 9, jan.-jul./2009.
- PORTILLO NAVARRO. “Los impuestos ambientales propios de las Comunidades Autónomas”. *Impuestos*, n. 14, 2006.
- PUEBLA AGRAMUNT. “La causa ilícita como *causa impositionis* (la *causa impositionis* vista desde el tratamiento fiscal de la actividades ilícitas)”. *I Jornada Metodológica Jaime García Añoveros sobre la metodología académica y la enseñanza del Derecho Financiero y Tributario*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2001.
- REZENDE, Fernando. *Finanças públicas*. São Paulo: Atlas, 2001.
- RODRÍGUEZ BEREJJO. “Jurisprudencia constitucional y principios de la imposición”. *Garantías constitucionales del contribuyente*. Valencia: VV.AA., Tirant lo Blanch, 1998.
- \_\_\_\_\_. “Los principios de la imposición en la jurisprudencia constitucional española”. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 100, 1998.
- \_\_\_\_\_. “El deber de contribuir como deber constitucional. Su significado jurídico”. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 125, 2005.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ. “Los fines ultrafiscales de los tributos y su recepción en la nueva Ley General Tributaria”. *Nueva Fiscalidad*, n. 3, 2004.
- ROZAS VALDÉS. “Riesgo de contaminar y tributos autonómicos”. *Quincena Fiscal*, n. 2, 2006.
- SÁNCHEZ SERRANO. *Tratado de derecho financiero y tributario constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1997, t. I.
- SOLER ROCH. “El principio de capacidad económica y la tributación medioambiental”. En: BECKER, CAZORLA, MARTÍNEZ-SIMANCAS (Orgs.). *Tratado de tributación medioambiental*. Pamplona: Aranzadi, 2008.
- SOUSA, Rubens Gomes de. *Distribuição disfarçada de lucros, in Imposto de Renda – Comentário 1.3*. São Paulo: Resenha Tributária, 1971, ano II.
- STEVE. *Lezioni di scienza delle finanze*. V ed. Padova, 1965.
- TIPKE. “La Ordenanza Tributaria alemana de 1977”. *Civitas, Revista Española de Derecho Financiero*, n. 14, 1977.
- VALDÉS COSTA, Ramón. *Curso de derecho tributario*. 2. ed. Buenos Aires: Santa Fe de Bogotá / Madrid: Depalma / Temis: Marcial Pons, 1996.
- VANONI. “Diritto all’imposta e formulazione delle leggi finanziarie”. *Opere Giuridiche*, II, Milano, 1962.
- VARONA ALABERN. *Extrafiscalidad y dogmática tributaria*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- XAVIER, Alberto. *Do lançamento no direito tributário brasileiro*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Do lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. 2. ed. reformulada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- YEBRA MARTUL-ORTEGA. “Comentarios sobre un precepto olvidado: el artículo 4º de la Ley General Tributaria”. *Hacienda pública española*, n. 32, 1975.
- ZARZANA, Dávio Antonio Prado. *O país dos impostos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

### José Marcos Domingues

Rua Senador Vergueiro, 159, 9º andar  
Flamengo – 22230-000  
Rio de Janeiro – RJ – Brasil  
[jm.domingues@globocom](mailto:jm.domingues@globocom)

PROFESSOR DE DIREITO FINANCEIRO DA  
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO  
PROFESSOR ADJUNTO DA UNIVERSIDADE  
CATÓLICA DE PETRÓPOLIS

### Clemente Checa González

C/Viena, n. 3, 4º A, 10.001  
Cáceres – España  
[ccheca@unex.es](mailto:ccheca@unex.es)

CATEDRÁTICO DE DERECHO FINANCIERO Y TRIBUTARIO DE LA  
FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE EXTREMADURA



## NOTAS SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE CORREÇÃO PATERNAL NO ANTIGO REGIME

Alan Wruck Garcia Rangel

NOTES ABOUT LIMITS THE EXERCISE OF PATERNAL PUNISHMENT IN THE ANCIEN RÉGIME

### RESUMO

O OBJETIVO DESTA ARTIGO É ABORDAR OS LIMITES DA DISCIPLINA DOMÉSTICA NO CONTEXTO DO ANTIGO REGIME. TRABALHAMOS COM DUAS QUESTÕES: EM QUAL MEDIDA O DIREITO ROMANO SERVIU DE BASE PARA ELABORAÇÃO DO CONCEITO DE MODERAÇÃO AO CASTIGO FÍSICO APLICADO ÀS CRIANÇAS? E EM QUE MEDIDA O CONTROLE DO ENCARCERAMENTO DISCIPLINAR É O RESULTADO DE UMA POLÍTICA RÉGIA PARA OBTEN O MONOPÓLIO DO DIREITO DE PUNIR? PARTIMOS DA IDEIA DE QUE OS CONCEITOS E AS CATEGORIAS JURÍDICAS DO DIREITO ROMANO, ESPECIALMENTE AQUELES ELABORADOS DURANTE O BAIXO IMPÉRIO, SERVIRAM AOS JURISTAS, NUM PRIMEIRO MOMENTO, DE FUNDAMENTO AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE CORREÇÃO, MAS QUE, POSTERIORMENTE, EM RAZÃO DE IMPLICAÇÕES POLÍTICAS, E DE TRANSFORMAÇÕES DE ORDEM ANTROPOLÓGICA, O DIREITO ROMANO FOI REINTERPRETADO E ADAPTADO A UM NOVO PARADIGMA DISCIPLINAR. O RESULTADO DESSE ESTUDO É QUE OS LIMITES DO DIREITO DE CORREÇÃO PATERNAL REPRESENTAM, POR UM LADO, O PROCESSO DE CONTROLE SOCIAL REALIZADO PELO ESTADO E, POR OUTRO, O RESQUÍCIO DE UMA MENTALIDADE DISCIPLINAR DE CONCEPÇÃO ROMANO-CRISTÃO.

### PALAVRAS-CHAVE

MENTALIDADE JURÍDICA; CONTROLE SOCIAL; PODER DISCIPLINAR; PÁTRIO PODER.

### ABSTRACT

THE AIM OF THIS PAPER IS TO APPROACH THE LIMITS OF THE PATERNAL PUNISHMENT IN THE CONTEXT OF ANCIEN RÉGIME. IN THIS PAPER I EXAMINE TWO QUESTIONS: HOW THE ROMAN LAW WAS THE BASIS FOR ELABORATING THE CONCEPT OF MODERATION FOR CHILDREN'S PHYSICAL PUNISHMENT? AND HOW THE CONTROL OF PRISON DISCIPLINARY SYSTEMS IS THE RESULT OF THE ROYAL POLITICAL MONOPOLY OF PUNISHMENT? I START WITH THE IDEA THAT LEGAL CONCEPTS AND CATEGORIES OF ROMAN LAW, ESPECIALLY THAT OF THE LOWER EMPIRE, SERVED FOR A JURISTS, AT FIRST AS THE FOUNDATION FOR EXERCISING THE PATERNAL PUNISHMENT, BUT SUBSEQUENTLY, DUE TO POLITICAL IMPLICATIONS, AND TRANSFORMATIONS OF AN ANTHROPOLOGICAL ORDER, ROMAN LAW WAS RE-INTERPRETED AND ADAPTED TO A NEW DISCIPLINARY PARADIGM. THE RESULT OF THIS STUDY IS THAT THE LIMITS OF PATERNAL PUNISHMENT REPRESENT THE PROCESS OF SOCIAL CONTROL CONDUCTED BY THE STATE, AND SECONDLY, THE REMNANT OF A DISCIPLINARY MENTALITY INHERITED FROM THE ROMAN-CHRISTIAN CONCEPTIONS.

### KEYWORDS

LAW MENTALITY; SOCIAL CONTROL; DISCIPLINARY POWER; PATERNAL POWER.

## INTRODUÇÃO

Castigar os filhos, com a finalidade de corrigi-los, é um direito dos pais que subsiste na legislação de muitos países, como França, Brasil, Itália e Inglaterra.<sup>1</sup> Como bem afirmou B. Schnapper, em um estudo clássico do tema para o século XIX, talvez em nenhum outro país da Europa o direito de os pais castigarem os filhos foi tão forte

como na França (1991, p. 523-553). O direito de *correction paternelle* previsto pelo Código Napoleão permitia aos pais encarcerarem seus filhos a título disciplinar nas casas de correção, e esse direito somente desapareceu após a Primeira Guerra (Decreto-lei de 30 de outubro de 1935).<sup>2</sup> Ademais, o castigo físico moderado ainda hoje é autorizado pelo Código Civil.<sup>3</sup> Se o tema é de atualidade, ele não é novo. Já no direito romano, o modo como se deveria proceder ao castigo doméstico foi objeto de discussão na doutrina, sendo inclusive uma matéria prescrita por legislação imperial no século III a.C..<sup>4</sup> Igualmente, durante a Idade Média, encontramos esse direito previsto nos costumes locais. Nosso objetivo não é, entretanto, fazer um estudo amplo e exaustivo dos limites do direito de correção – tema que pode englobar um longo período histórico, e sugerir reflexões de natureza social, política e religiosa que ultrapassam o campo estritamente jurídico. Tal tarefa seria impossível em um artigo de algumas páginas. Nosso propósito é bem mais modesto: concentrar o seu estudo entre os séculos XVI e XVIII, e tomar como referência o direito francês.

O estudo situa-se, portanto, nos três últimos séculos do Antigo Regime, tendo como ponto de partida o século XVI e como ponto de chegada a Revolução Francesa. É verdade que esse limite cronológico, muito útil ao direito público, e também à história das instituições políticas, serve pouco ao estudo do direito de correção paternal, já que o Código Civil de 1804 se revela nessa matéria como um continuador direto das instituições do Antigo Regime.

As principais fontes jurídicas utilizadas para este estudo foram as decisões das Cortes régias (*Parlements*), a doutrina e as normas jurídicas (legislação do direito romano, costumes locais, ordenações baixadas pela chancelaria do poder régio e *arrêts de reglement* que são verdadeiras medidas de polícia emanadas dos *Parlements*). Utilizamos também dicionários publicados no final do século XVI e início do XVII para definir termos importantes.

Em sentido próprio, “corrigir” significa recolocar alguém no caminho correto. Decorre daí a ideia de desvio ou alteração de comportamento, ao mesmo tempo que decorre daí a ideia de que existe um comportamento considerado como correto, direito ou normal. É, portanto, por causa de um desvio de conduta que a pessoa merece ser corrigida ou repreendida. Assim, em termos jurídicos, o direito de correção pode ser definido como uma reprimenda feita com autoridade para que a infração cometida não se repita. O direito de correção é, portanto, aplicado sobre atos ilícitos que escapam ao sistema de penas da justiça pública. Esses atos entram no “domínio do proibido” sem serem definidos como crimes. Eles devem ser considerados como *torts* ou faltas. É difícil classificar precisamente esses atos, porque uma simples conduta considerada como contrária aos bons costumes seria susceptível de correção. Em teoria, não se corrige para reprimir o culpado, mas para emendá-lo, para corrigir os seus erros. O direito de correção inscreve-se, assim, ao contexto da disciplina.

Neste estudo, o titular do direito de correção, antes de qualquer outro membro da família, é o pai ou a mãe, e o destinatário do castigo, o filho menor legítimo. A minoridade no Antigo Regime se fixa conforme a regra do direito canônico, e ela se divide em três períodos: *infans*, que dura até ao sete anos, idade cujo menor ou pupilo é incapaz de “dolo e malícia”; impuberdade, que vai dos sete aos quatorze anos de idade; e a puberdade que começa após os quatorze anos de idade até a maioridade – esta se operando com a emancipação ou com atingimento de certa idade –, período em que o menor é considerado responsável pelos seus atos. Os juristas distinguem ainda duas épocas para a impuberdade: a *proximi infantiae* que, segundo a glosa de Acúrsio (*PUPILLUM*, D. 50, 17, 111), termina aos dez anos e meio de idade para os filhos, e nove anos e meio para as filhas; e a *proximi pubertati*. De acordo com esse sistema, o menor em *proximi infantiae* é considerado irresponsável por seus atos (LAINGUI, 1970, p. 222-225). Entretanto, veremos que o campo da minoridade pode ir além desses limites de idade quando se tratar do direito de correção paternal.

A questão sobre a finalidade do direito de correção é mais complexa e mereceu estudo a parte,<sup>5</sup> e será aqui tratada de maneira indireta. Nos contentaremos dizer que quando uma criança ou um jovem adulto se comporta de maneira considerada incorreta, inadequada, a medida corretiva reveste-se ao mesmo tempo de caráter educativo e disciplinar.

Nosso propósito é, portanto, situar o estudo no campo do exercício do direito de correção. Em outras palavras, tentaremos responder à seguinte questão: como os pais exercem o direito de correção contra o filho rebelde, e quais os seus limites?

Para responder a essa questão, o tema será tratado sob a óptica da disciplina doméstica.<sup>6</sup> O interesse deste estudo é, portanto, demonstrar o processo de transformação da disciplina doméstica que se operou entre os séculos XVI e XVIII por intermédio do direito de correção do pai de família. Esse processo se inscreve no âmbito de mutações de caráter antropológico e também político ocorridas na sociedade nesse período. Trata-se de um fenômeno de disciplina social que se manifesta de forma horizontal em inúmeros setores da vida em sociedade, e que pode também ser identificado de forma vertical por meio do estudo da consolidação do poder de polícia do Estado.<sup>7</sup> Apesar de que o direito de correção do pai de família assumia função de polícia – o que acarreta um estado permanente de concorrência entre autoridade pública e autoridade doméstica durante o período estudado –,<sup>8</sup> o tema é aqui tratado de preferência sob o ponto de vista do pátrio poder, e menos sob o ponto de vista do poder de polícia do Estado.

O direito de correção do pai de família toca assim a questão do uso do direito romano na época moderna. Se a noção de *patria potestas* subsiste no Antigo Regime, essa instituição romana se aclimatiza aos costumes locais franceses e recebe uma concepção diferente. A legislação do direito romano é tratada pelos jurisconsultos

como um modelo jurídico a ser seguido ou evitado; ela é de certa maneira instrumentalizada por eles. Esse caráter instrumental do direito romano se torna evidente no contexto da disciplina doméstica a partir do século XII, notadamente a partir da penetração do direito romano na França (AUBENAS, 1964). Pode-se dizer que o direito romano assume duas funções específicas: a de *ordenador* da disciplina doméstica, e a de *controlador* do pátrio poder. Se o direito romano serviu como instrumento de ordenamento da disciplina doméstica no âmbito dos costumes locais – por exemplo o artigo 65 do Costume da cidade de Montpellier redigido em 1204 (HILAIRE, 1968-1969, p. 434)<sup>9</sup> –, a partir do século XVI ele servirá de preferência como instrumento de controle do pátrio poder.

Abordaremos, assim, em um primeiro momento, os limites jurisdicionais do direito de correção paterna, o que implica conhecer os limites do poder disciplinar no âmbito da magistratura doméstica (I). Em seguida abordaremos os limites materiais do direito de correção, o que implica um estudo do seu conteúdo (II).

## I OS LIMITES DA MAGISTRATURA DOMÉSTICA

Os juristas do Antigo Regime encontraram no direito romano um *modelo* jurídico para impor limites à jurisdição doméstica. Nesse modelo encontraram regras que habilitam a competência punitiva do magistrado doméstico e, ao mesmo tempo, delimitam o seu campo de exercício. São regras de ordem procedimental que enquadram o direito de correção no campo da disciplina doméstica. Lê-se, assim, em um fragmento do *Codex* que quando o pai deseja aplicar um remédio mais forte (*artiore remedio*) no seu filho, ele deve levá-lo diante do juiz local a fim de que este último aplique a sentença ditada pelo pai (C. 8, 46).<sup>10</sup> O juiz, neste caso, funciona apenas como executor da sentença prolatada pelo *paterfamilias*. A autoridade de justiça apenas legitima com o “selo público” a decisão paterna. A autoridade pública é, neste caso, subsidiária à autoridade doméstica. Ainda em um outro fragmento, encontrado no Código Teodosiano, os anciãos da família (*senioribus*) exercem função de magistrado e podem aplicar uma punição moderada aos jovens da família (*minores*) com a finalidade de corrigi-los. Aqui o “menor” não é levado ao tribunal para ser punido, a autoridade doméstica exerce o *ius domesticæ emendationis* (direito de emenda doméstica) de maneira direta (C. Teod., 9, 13, 1).<sup>11</sup>

Essas soluções do direito romano se reproduziram nos tribunais do Antigo Regime. Em um aresto de 16 de março de 1556, por exemplo, um pai pede permissão ao tribunal de Grenoble para exercer o seu direito de pátrio poder (*iure patriæ potestatis*) para corrigir seu filho “que ele não pôde trazer perante a Corte através de ameaças e reprimendas, nem pela vergonha do vício, nem pelo amor da virtude”. Reconhecendo ao pai o direito de admoestação e de emenda, os juizes da Corte encerram o processo e *reenviam* à jurisdição doméstica o julgamento e a correção das faltas do filho. Ainda é

atribuído ao pai o poder para condená-lo, em conjunto com os parentes próximos, nas penas que ele considerar necessárias à emenda do filho. De acordo com a sentença, o filho foi condenado a ser encarcerado em uma casa de campo do pai por três meses, sendo-lhe proibido retornar à cidade sob pena de prisão (EXPILLY, 1631, Ch. 43, p. 347-349).

Tal como previsto no direito romano, a justiça pública é subsidiária à justiça doméstica. Os juízes executam a sentença ditada pelo pai, sendo a decisão paterna definitiva e não podendo ser atacada por nenhuma via de recurso. Note-se que, quando os juízes terminam o processo sem julgar o mérito da questão, o poder jurisdicional deles é suspenso, e o meio processual para obter esse efeito jurídico é colocar as partes *hors cour* (fora da corte).<sup>12</sup> Em um segundo momento, os juízes reenviam o poder jurisdicional ao pai, e com esse expediente eles reconhecem a competência originária da magistratura doméstica para julgar o filho rebelde. A partir desse momento, o pai de família tem o controle completo da jurisdição e pode decidir entre a aplicação do castigo ou o perdão. Entretanto, quanto à execução da decisão, a justiça doméstica não pode concorrer com a justiça do Rei, sendo defeso ao pai pronunciar uma *pena* contra o filho. A punição do culpado – e aqui sanção penal opõe-se à sanção disciplinar – é de exclusiva competência da justiça régia. O direito de correção dos pais fica, na maior parte dos casos, restrito a dois tipos de sanção: o castigo físico moderado e o encarceramento.

Se inicialmente o direito romano permitia aos pais de família o auxílio da justiça régia para exercerem o direito de correção, a partir do século XVII a doutrina *instrumentaliza* o direito romano em proveito do Rei, e afirma que “quando um pai ou uma mãe coloca os seus filhos nas mãos da Justiça por maus-tratos, eles não são mais mestres, mesmo que eles declarem que os filhos sejam inocentes e perdoados” (SERPILLON, 1767, Tit. X, Art. VIII). Doravante o poder jurisdicional dos pais não é reconhecido de maneira absoluta pelos juízes. Dependendo do delito cometido pelo filho e das circunstâncias do fato, a justiça doméstica pode ser afastada, cabendo aos magistrados decidir a punição. Ao contrário do que se pretendia anteriormente, a partir de agora, a autoridade doméstica é subsidiária à autoridade régia. Não cabe mais aos pais decidirem em única instância da sanção ou do perdão do filho. A sentença pronunciada pela autoridade doméstica não é mais definitiva.

Em um primeiro momento, o *direito de retratação* é retirado da jurisdição doméstica. O direito de os pais perdoarem seus filhos se assemelha ao direito de graça do Rei, e a manifestação desse direito em justiça gera uma concorrência entre pátrio poder e poder régio. Assim, no *Parlement* de Grenoble, o aresto de 10 de novembro de 1622 condena o filho de Jacques Ducrest à pena de galés perpétua sem considerar o perdão do pai que havia retirado a queixa oferecida contra o seu filho (BASSET, 1738, Liv. 5, T. 10, Ch. 5, p. 235-237). Na realidade, já no final do século XVI a justiça régia havia se demonstrado reticente quanto às absolvições proposta pelos pais

aos seus filhos. Segundo o aresto de 23 de dezembro de 1577, um filho é levado à justiça por sua mãe sob acusação de maus-tratos. Os juízes o condenam à pena de *amende honorable* a ser cumprida com “a cabeça descoberta e os pés descalços, e com uma corda no pescoço, e a ser açoitado pelo quarteirão da cidade, e a seis anos de galés”; e o jurista que cita essa decisão diz que o filho teria sido condenado à força se a mãe não tivesse suplicado aos juízes o seu perdão (ROCHE-FLAVIN, 1682, Liv. 2, T. 5, § 6).<sup>13</sup> Em um segundo momento, o *poder de punir* da magistratura doméstica é controlado. Na Corte de Grenoble uma sentença pronunciada em conselho de família é reformada pelos juízes. O filho havia sido condenado por seus parentes a vinte anos de galés (*galeres à temps*), e declarado indigno a suceder os bens da família. Mas, segundo o aresto do dia 19 de setembro de 1663, o princípio do direito romano foi afastado, e a pena de vinte anos de galés foi agravada para galés perpétua (ROCHE-FLAVIN, p. 235-237).

Essas decisões ilustram a política de repressão que se instaura no decorrer do século XVII, segundo a qual o Estado absolutista detém o monopólio do poder punitivo, sem reconhecer qualquer via de composição privada sobre infrações de interesse público. É neste sentido que no final do século XVIII o jurista Daniel Jousse entende por *penas privadas* “aquelas que se pronunciam pelos juízes sob demanda da parte civil” (1771, Tit. 3, Ch. 1, p. 38). Assim, se pais e mães conservam ainda o poder para incriminar os filhos rebeldes perante os tribunais, eles ficam, contudo, destituídos do controle da jurisdição; além disso, a condenação do filho pode ser agravada pelo *parquet* se as circunstâncias do fato exigirem. Se o filho merece uma reprimenda forte, ele pode ser levado à justiça pública, mas o poder de sentença e de clemência dos pais não será exercido de maneira soberana. Segundo as palavras do jurisconsulto Jean-Guy Basset, os delitos dos filhos devem ser punidos “para vingar o interesse público, e para que os grandes delitos não sejam dissimulados e acobertados numa escandalosa e perigosa impunidade” (1738, Liv. 4, T. 10, Ch. 6, p. 235-237).

## **2 O CONTEÚDO DO DIREITO DE CORREÇÃO PATERNAL E SEUS LIMITES**

Os dois principais meios de exercício do direito de correção são o castigo corporal e o encarceramento disciplinar. Abordaremos em um primeiro momento os limites do castigo corporal (2.1) e depois os limites do encarceramento dos filhos nas casas de correção (2.2).

### **2.1 A NOÇÃO DE CASTIGO FÍSICO MODERADO**

A primeira fonte que os jurisconsultos recorriam no Antigo Regime para explicar os limites do castigo físico dos filhos é a última frase de um fragmento do Digesto (D. 48. 5.) no qual se lê que “o pátrio poder deve consistir em piedade, e não em atrocidade” (*patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere*).<sup>14</sup> Nessa pequena

sentença está todo o conteúdo do direito de correção paternal no Ocidente cristão. Aqui duas palavras merecem destaque: *pietate* e *atrocitate*. Para melhor identificar suas nuances, estudaremos a definição jurídica desses dois termos separadamente. Primeiro falaremos da ideia de atrocidade (1) e depois completaremos o estudo com uma explicação sobre a *pietas* (2).

#### ATROCIDADE

No Antigo Regime – e tal como no direito atual –, o castigo físico moderado é considerado ato lícito. Segundo o direito comum: “O pai pode fustigar o filho, e o fato é presumido como causa de correção” (*Pater potest filium verberare, et praesumitur factum causa correctionis*, Clementini, 1571, Cap. 6, n. 14, p. 50). O castigo não é apenas um direito, mas um dever dos pais.<sup>15</sup> O artigo 611 do Costume da Bretanha prescreve que o pai deve castigar seu filho a fim de que este não cometa infrações contra terceiros (D’ARGENTRE, 1628).<sup>16</sup> O castigo tem aqui dupla função preventiva: ele evita os desvios de conduta da criança e impede que os pais se responsabilizem pelas suas faltas. Não existe, portanto, um discurso de proteção à integridade física do menor como conhecemos no direito atual. O castigo físico infligido pelos pais não é um ato terrível que deve sistematicamente ser reprimido pelo direito penal (GARNOT, 1998). Na Bíblia são inúmeras as referências à benevolência do castigo aplicado nos filhos.<sup>17</sup> Somente o castigo atroz é considerado crime pela doutrina, devendo, neste caso, ser reprimido pela justiça. Qual seria, portanto, o conceito de atrocidade (*atrocitas*) no Antigo Regime?

Em referência ao texto romano, os juristas utilizam a expressão “*correction atroce*” para qualificar o castigo disciplinar não aceitável pelo direito. Mas a noção de *atrocitas* não é bem definida pela doutrina, nem nos dicionários.<sup>18</sup> O seu conceito é bastante elástico e sofreu transformações no decorrer dos séculos. De maneira objetiva, a atrocidade de um crime podia se definir em função da sua natureza (lesa-majestade, parricídio) ou pelas circunstâncias que envolviam o fato. A atrocidade do crime autorizava os juízes a não respeitarem todas as formalidades do processo a fim de acelerar a punição do culpado. A qualificação do crime em atroz permitia, por exemplo, a responsabilidade penal dos impúberes, a punição da tentativa, a responsabilidade penal de parentes, regras consideradas exceções aos princípios de direito observados pela doutrina e pela *praxis* dos tribunais. No grupo dos crimes atrozes existia, portanto, um sistema jurídico próprio inspirado no sentimento de vingança coletiva que, a partir do século XVI, segundo B. Schnapper (1991b), converteu-se em política de repressão. Entre o que é aceitável e o que se recusa há uma infinidade de escalas que a doutrina tentava esquematizar. Mas de maneira simplista atribuía-se o qualificativo de *atrocitas* ou de *enormitas*<sup>19</sup> a todo ato que ultrapassasse as regras ordinárias observadas e aceitas pela sociedade. Para que o castigo do filho seja qualificado como atroz ou enorme deveria extrapolar os limites do aceitável. E quais são esses limites?

Duas decisões pronunciadas no século XVII podem nos dar conta da noção de atrocidade no exercício do direito de correção pelos pais. A primeira foi prolatada no dia 12 de fevereiro de 1639. Trata-se de um pai de três filhos que desfere socos e pontapés em suas duas filhas, e arrasta uma delas na rua pelos cabelos, e ao seu segundo filho dá golpes no corpo com vara de nervo de boi e depois com uma correia de couro. O juiz entende que esses atos não são suficientes para caracterizar uma sevícia, e capazes para retirar os filhos da companhia do pai (BONIFACE, 1670, Liv. 1, T. 2, Cap. 1, p. 16). A outra decisão data de 16 de dezembro de 1669, na qual o pai junto com sua segunda mulher expulsa a filha de casa e a deixa dormir no celeiro por vários dias sem comida. A Corte, neste caso, reconhece os maus-tratos, e a filha é colocada em um Mosteiro para lá ser alimentada e mantida sob despesa do pai (BONIFACE, 1689, Liv. 9, T. 4, Cap. 5, p. 673-674).

Ao comparar esses dois julgados, a primeira constatação é que a noção de atrocidade não está unicamente atrelada ao fato de desferir golpes ao corpo da criança. Segundo os dogmas cristãos, o corpo é o lugar e o instrumento por excelência de pecado (SCHMITT, 1998, p. 340). Referindo-se à inclinação do ser humano para cometer pecados, Santo Agostinho diz em sua obra *Confissões* que “a criança nasce na iniquidade” (Liv. 1, Cap. 7). Inspirados nessa ideia, os juristas não consideravam toda forma de castigo corporal como maus-tratos. O corpo é naturalmente um objeto de pecado, e açoitá-lo pode significar um remédio contra os males do espírito. O pecado se manifestando pelo corpo, e o castigo físico como uma forma de expurgação dos males.<sup>20</sup> Assim, quando o castigo é infligido com fins corretivos, as lesões corporais provocadas são merecidas à criança. O jurista Joost Damhouder (1555, p. 327-329), na sua obra *Pratique et eclaircissement des causes criminelles* diz que:

[...] ocorre frequentemente que se lesa alguém com castigo, ou castigando seus súditos, cuja lesão não é sempre injúria ou dano, porque ela é muitas vezes estimada e reputada como bem feita e obra merecida do que considerada como uma injúria. Pela qual se deve saber que se o pai castiga o seu filho com vergas, mesmo que o castigo seja infligido até a efusão de sangue ...[este ato] é uma santa medicina e um remédio para a sua alma.

Outro dado importante que pode nos indicar o limite da atrocidade é sobre a punição do crime de injúria.<sup>21</sup> Segundo os criminalistas, para que uma contusão seja considerada lesão corporal e o agressor condenado por crime, esta deve ser “grande et enorme” (DAMHOUDER, p. 327). Portanto, se para punir aqueles que agem com dolo, a lesão provocada na vítima dever ter um grau considerável de ferimento, em se tratando de correção paternal cuja intenção do pai agressor é sempre corretiva, a tolerância ao ato é bastante grande.

Uma última constatação merece destaque: é possível que haja maus-tratos quando o pai deixa de alimentar seus filhos. Pode-se mesmo dizer que em razão do preceito cristão do dever de alimento entre ascendentes e descendentes, o ato de recusar alimentos ao filho pode ser considerado mais grave que o castigo físico. Além disso, essa recusa do pai pode lhe custar a perda do pátrio poder. Esta é a opinião do jurista Jean Duret (1610, p. 22) na sua obra *Traicte des peines et amendes* de 1610:

O pai não é somente exortado a nutrir a criança que ele colocou no mundo, isto é também para ele um dever e uma obrigação (...) se o filho não é bastardo ou incestuoso, e proveniente de casamento proibido, ou se ele não é ingrato ... não prestando a devida obediência aos seus parentes, se não for um desses casos, o pai se recusando a alimentar o filho perde o direito e o pátrio poder tal como lhe foi conferido pelas leis.<sup>22</sup>

#### PIETAS

Com relação à incorporação da ideia de *pietas* ao pátrio poder, ela remonta aos primeiros doutrinadores do cristianismo. Não cabe aqui entrar na discussão sobre a influência patrística e a interpolação desse termo no *Corpus Iuris Civilis* pela comissão Triboniana.<sup>23</sup> O que nos interessa é saber como a concepção de *pietas* evoluiu e se adaptou a um novo paradigma entre os séculos XVI e XVIII. De fato, todos os jurisprudencistas estão convencidos de que a *pietas* está sempre presente na relação entre pai e filho, mesmo se antes a *pietas* deve ser observada perante Deus.<sup>24</sup> O vínculo que liga o filho ao pai é algo inelutável, proveniente de uma força natural e divina, a qual estabelece deveres morais entre os dois. Há, portanto, na mentalidade dos juristas uma grande confiança nos atos dos pais, o castigo físico presumido ser exercido sempre com *pietas*.<sup>25</sup> Com o intuito de obter uma definição clara do conceito de *pietas* no Antigo Regime, faremos uma distinção entre “pitié” e *pietas*, e depois entre *affectio* e *pietas* com o auxílio dos dicionários da época.

O termo latino *pietas* (“piété”, em francês) é híbrido. Na Antiguidade, ele podia significar um dever patriótico que se manifestava por uma devoção à pátria, ou um sentimento de gratidão com relação a um parente ancestral, ou então um sentimento de justiça com relação aos deuses (WAGENVOORT, 1980, p. 8). Nos textos jurídicos do final do Antigo Regime, o termo *pietas* é especificamente empregado quando se quer explicar a forma pela qual deve se estabelecer as relações entre pai e filho, e essa forma se aproxima da ideia de devoção. Já o termo francês “pitié” (piedade) significa compaixão com a “miséria de alguém”, com “um pobre” (NICOT, 1606, p. 483, Vº Pitié). A piedade é um estado de espírito que pode ser empregado a todas as relações humanas. É curioso notar que o termo “pitié” não integra o dicionário de Pasquier de 1552, e para encontrar sua menção deve-se buscar pelo termo “misère” (miséria). Nota-se, portanto, que no século XVII se verifica uma mudança conceitual do termo

*pietas*. Se inicialmente ele se refere às relações entre parentes, notadamente entre pai e filho, no dicionário de Jean Nicot *pietas* e “*pitié*” são sinônimos, ambos definidos como piedade (NICOT, p. 483). Doravante, o termo se adapta ao conceito de piedade, segundo os preceitos cristãos, e exprime um sentimento de misericórdia e compaixão com os sofrimentos de alguém. No século XVIII, o jurista Jean Meslé, interpretando o direito romano, sintetiza a evolução do nosso conceito, e atribui ao termo *pietas* o sentido que fará fortuna nos séculos seguintes: “é do direito das gentes e comum a todo o gênero humano ter piedade diante de Deus, e ser obediente ao pai, à mãe e à pátria” (MESLE, 1752, p. 44).

A *pietas* também se distingue da “*affection*” (afeição), e aqui o exemplo dos tutores é bastante ilustrativo. Joost Damhouder, jurista do século XVI, afirma que o dever dos tutores é de “ter o lugar e o ofício de pais e mães, e de aportar aos pupilos uma afeição semelhante” (DAMHOUDER, 1567, p. 128). O autor teve o cuidado de dizer que a afeição deve ser apenas semelhante. De fato, os tutores não tiram sua autoridade sobre os pupilos de leis naturais e divinas, mas de leis humanas, não se presumindo haver nessa relação jurídica o sentimento de *pietas*, mas simplesmente uma afeição. Poderíamos ainda dar o exemplo da *affectio maritalis*, cuja definição é emprestada do direito romano, e depois assimilada ao direito canônico, para significar “*état d’esprit amoureux*” no âmbito do casamento. Nesse tipo de relação se presume uma afeição entre cônjuges, e não *pietas* (GAY, 2009, p. 293-294). Existe também uma distinção no campo da querela inoficiosa. Segundo o jurista Hyacinthe Boniface, o tipo de relação que se estabelece entre filhos, pais e ascendentes é diferente daquela que se estabelece entre colaterais e irmãos: a querela dos primeiros vem *ex officio pietatis* que é recíproca entre pai e filho, mas a querela dos irmãos não se procede dessa “*piété*”, mas de fonte diferente (BONIFACE, 1689, p. 32). Aqui o termo *pietas* é juridicamente utilizado para identificar relação entre ascendente e descendente em linha direta.

Curioso notar que a partir do século XVII os juristas substituem o termo latino *pietas* pela palavra “*amour*” (amor), sobretudo para fazer a distinção entre o pátrio poder praticado no direito francês (“*puissance paternelle*”), que é de inspiração dos dogmas cristãos,<sup>26</sup> e a *patria potestas* do direito romano. Boniface, citando a doutrina patrística, diz que “Tertuliano a este propósito, falando dos pais, afirma que o nome amor é mais agradável do que poder, *gratius est nomen pietatis, quam potestatis*, quando os pais não têm mais amor eles não são mais pais, e não devem, portanto, administrar seus filhos” (1689, p. 674). O que se espera nas relações entre pais e filhos não é mais um sentimento de devoção ou de piedade, mas sim de amor. Porém o sentido do termo “amor” não é o mesmo que conhecemos hoje. No Antigo Regime, ele transmite a ideia de respeito no sentido de dependência e submissão do filho aos pais. É neste sentido os ensinamentos de Jean Domat (DOMAT, 1777, Cap. 3, p. 6) quando diz que o temor e o respeito que os filhos devem ter em relação aos seus pais é fruto de um

amor natural que é recíproco entre eles. Esse amor se forma primeiro entre os cônjuges com o casamento, e depois é transmitido aos filhos nascidos dessa união. A consagração do amor no casamento é a ideia central da doutrina de Domat. A partir de preceitos bíblicos, o autor articula o dogma do casamento com a ideia de amor paterno e o dever de obediência dos filhos. Será, de fato, essa concepção da obediência dos filhos um dever, articulado por Domat com base nos preceitos bíblicos, que inspirará os redatores do Código Civil de 1804.<sup>27</sup>

## 2.2 O CONTROLE DO ENCARCERAMENTO DOS FILHOS NAS CASAS DE CORREÇÃO

O estudo dos limites do direito dos pais de encarcerarem seus filhos nos remete ao complexo tema da prisão. Segundo a doutrina, inspirada no direito romano, a prisão não é concebida como um lugar para punir. Ela existia como um “lugar público... destinado a guardar os criminosos, e também às vezes os devedores nos casos em que eles são obrigados corporalmente, como o estelionato, e letras de câmbio, ou por despesas em virtude de um Aresto ou Sentença d’*interato*” (FERRIÈRE, 1769, t. 2, p. 376). A prisão também era um lugar onde os condenados, por meio da penitência, meditavam sobre os crimes cometidos antes de sofrerem a pena pronunciada pela justiça (CARBASSE, 2006, p. 316-317). Mas o encarceramento de pessoas para fins de punição e disciplina, sem que houvesse um pronunciamento por parte da justiça, era também comum. Aqui é preciso sublinhar a distinção entre prisão e encarceramento.

Havia na sociedade inúmeros estabelecimentos com vocação para servirem de encarceramento sem serem tecnicamente considerados uma prisão, tais como colégios, universidades, mosteiros e conventos.<sup>28</sup> A prática do encarceramento por essas instituições “privadas” fazia parte do poder de disciplina que era exercido contra pessoas que descumprissem as regras de obediência interna ou que praticassem condutas consideradas contrárias aos bons costumes. Normalmente essas instituições eram controladas pela Igreja, mas a partir do século XVI o poder régio cria instituições voltadas à prática do encarceramento. Criando o *Hôtel dieu* para os enfermos, o *Hôpital général* para assistência aos pobres e a *Maison de force*, chamada também de *Maison de correction* (Casas de correção), para disciplinar os filhos rebeldes, o poder régio passa a concorrer com a Igreja na administração dessas instituições (QUÉTEL, 2009, p. 131). Doravante, esses estabelecimentos com vocação disciplinar são considerados, juntamente com a prisão, um lugar público, sob controle do Estado.

A prisão sempre foi considerada um lugar público de tal modo que o cárcere privado era assimilado ao crime de lesa-majestade e punido de morte. A assimilação entre esses dois crimes existe até o final do Antigo Regime. Segundo François Serpillon, jurista da segunda metade do século XVIII, todos os particulares, inclusive os Senhores da Alta Justiça, são proibidos de praticar cárcere privado e ter prisões iguais à da justiça régia, sob pena de serem punidos por crime de lesa-majestade (SERPILLON, 1767, p. 278). No mesmo sentido Ferrière: “não é permitido a ninguém reter uma

pessoa em cárcere privado, e aquele que fizer de sua casa uma prisão violará a majestade do Príncipe. Até os Senhores da Alta Justiça são defesos de ter prisões nos seus castelos...” (1769, p. 387, V<sup>o</sup> Prison). É verdade que a assimilação desses dois crimes tem um significado. Isso representa a vontade do monarca de obter o monopólio do *ius puniendi*. O cárcere privado é punido não só porque se presume o uso da violência – ato que fere a ordem pública –, mas também porque quem o comete concorre com a justiça régia, e fere a pessoa do Rei – daí a sua assimilação ao crime de lesa-majestade.<sup>29</sup> Poderíamos pensar que a repressão do crime de cárcere privado representaria um elemento forte para consolidar nas mãos do Rei o monopólio do poder de punir. Mas o encarceramento disciplinar sempre foi visto pela doutrina como um caso de exceção à proibição do cárcere privado. Como tolerar o uso do encarceramento disciplinar e punir o cárcere privado?

O direito de encarcerar pessoas era tolerado somente em certas relações de autoridade por se tratar de uma prática costumeira. O encarceramento do tipo disciplinar era um atributo do direito de correção de inúmeras autoridades domésticas, notadamente a autoridade paterna. Na segunda metade do século XVI, o jurista Jean Papon, no seu *Recueils d'arrests notables des cours souveraines*, afirma que “o pai pode encarcerar seu filho, o senhor seu servo, o marido sua mulher, sem incorrer à pena de prisão privada” (1568, Liv. 23, T. 1). Essas autoridades formavam, segundo Etienne Pasquier, a polícia do reino.<sup>30</sup> Se existia, portanto, um caráter punitivo nesse tipo de encarceramento, a doutrina entendia apenas como manifestação do direito de correção. A medida tinha caráter disciplinar e não era considerada uma pena. Assim, o crime de cárcere privado representava somente de maneira simbólica uma afronta à justiça régia e à pessoa do Rei, o que tornava a sua punição uma medida politicamente ineficaz para o Estado obter o monopólio completo do poder de punir. Desde o século XIV, o poder régio pretendia esse monopólio, e o Rei, cada vez mais soberano, se arrogava o direito de perseguição, instrução e de punição dos delinquentes. Esse processo de monopolização do poder de punir pelo Estado está também atrelado ao desenvolvimento da atividade administrativa estatal que se consolida no século XVIII, e tem origem na concepção de poder de polícia (DURAND, 1996). De fato, o controle do encarceramento disciplinar por parte do poder régio começa a ser realizado na metade do século XVI e se intensifica no século XVIII. E já em 1570 o costume d'Anvers antecipava o que se consolidaria nos séculos seguintes: “Se os pais quiserem colocar seus filhos... em prisão... eles devem colocá-los em qualquer lugar público e conhecido da cidade..., e isto com o consentimento do magistrado, e somente dessa forma...” (DEMARS-SION, 2000, p. 434, nota 30).

Durante o século XVIII a proliferação de estabelecimentos públicos de vocação disciplinar revela a preocupação do Rei para assumir o controle do direito de correção. A chancelaria real coloca em prática essa política de controle oferecendo àqueles que desejassem encarcerar a título disciplinar um filho, ou qualquer outro membro da

família, ou até mesmo um vizinho, o instrumento legal das *lettres de cachet*. Sabe-se que o seu uso contra filhos rebeldes para corrigir seus desvios de conduta e devassidão foi bastante utilizado na sociedade francesa (QUETEL, 1981; FARGE, 1982). Os estabelecimentos dotados de competência para o encarceramento correccional os recebiam mediante uma pensão que era paga pelo pai durante o período de detenção. Aos poucos o que era uma medida de disciplina interna, destinada a sancionar as faltas cometidas por membros de uma instituição, passa a ser negociada com pais descontentes com a conduta de seus filhos.

Mas esse direito de correção dos pais, até então tolerado, recebeu limitações por parte do poder régio a partir do final do século XVII. Isso é o resultado de inspeções exercidas por funcionários da administração régia ao interior das casas de correção. Uma decisão de 1672 ordena que dois conselheiros e um substituto do Procurador-geral do rei procederão à inspeção das Casas de correção, devendo ser realizado um relatório e entregue à Corte contendo informações sobre “idade, estado e qualidade das pessoas detidas por forma de correção”.<sup>31</sup> De acordo com o relatório da primeira visita realizada:

[...] havia várias pessoas detidas nas prisões dessa cidade, e particularmente naquela do templo de São Martinho, sob pretexto de correção, por ordem dos juizes dos senhorios da alta justiça, sem a anuência de seus parentes, alguns ainda de idade bem avançada, engajados em ordens, e outros casados [...].

Alguns meses mais tarde, em 9 de março de 1673, o Procurador-geral do rei constata a existência de “abusos de autoridade paterna e materna (julgamentos domésticos) na detenção de menores a título de correção”. Segundo o relatório:

[...] vários abusos no uso e no limite desse poder em que algumas pessoas, casadas em segundas núpcias, não deixam de praticar contra as crianças do primeiro casamento; e que mesmo as mães, algumas mesmo depois do segundo casamento, e também outros parentes, que na falta de pai e mãe [cometem esses abusos]; que desde algum tempo não existia idade limite que restringisse esses julgamentos domésticos, encontrando-se nas prisões homens com idade de mais de 30 anos [...].

Com base nesses relatórios, o Parlamento de Paris pronuncia *arrêts de reglements* para impor limites ao direito dos pais. Duas condições impedem os pais de exercerem o direito de correção de maneira discricionária: 1) o filho ter idade de vinte e cinco anos ; e 2) o pai não ter convolado em segundas núpcias.<sup>32</sup> A idade limite imposta é de inspiração do direito romano a qual, na época, é também do costume de Paris.

Essas condições não são cumulativas, e a presença de uma delas é suficiente para impedir o direito do pai. Neste caso, o exercício do direito de correção fica condicionado à autorização judicial. Antes de decidir, o magistrado pode ainda consultar o conselho de parentes; e esta consulta deve sempre ser realizada quando tutores e outros parentes desejam encarcerar os menores. Cabe dizer que somente com relação aos filhos do primeiro casamento operam tais condições, os filhos naturais (não legitimados) e os ilegítimos não estão abrangidos pelo regulamento. Ainda, segundo o regulamento, durante o casamento somente o pai poderia encarcerar diretamente os filhos menores na Casa de correção, proibindo esse direito às mães. Trata-se apenas de limites, o que significa que a regulamentação baixada pelo poder régio não tem a finalidade de retirar o direito de correção dos pais, estes o conservam de maneira absoluta para todos os outros casos. Seria inútil dizer que essa regulamentação destina-se exclusivamente às famílias legítimas, ou seja, aquela formada a partir de um matrimônio realizado segundo os preceitos cristãos. Essas limitações servirão de fundamento para os artigos 375 e seguintes do Código civil de 1804.<sup>33</sup>

## CONCLUSÃO

Ao termo deste breve estudo, podemos concluir que as origens dos limites ao exercício do direito de correção paterna são, em um primeiro momento, uma adaptação para o direito francês da legislação romana do baixo império, na qual a instituição da *patria potestas* é articulada de maneira racional às ideias cristãs. Isso se nota com evidência para os limites da correção pelo castigo físico em que a noção de moderação é extraída do ajuste entre as ideias de atrocidade e piedade.

As origens dos limites do direito de correção paterna estão também arraigadas ao processo de consolidação do direito de punir nas mãos do Estado e, por via de consequência, ao processo de formação do seu poder de polícia. A partir do século XVI, o poder régio cria mecanismos jurídicos para limitar a magistratura doméstica. Se o pátrio poder é uma instituição de caráter político, na medida em que a sua manutenção é de interesse do Estado, o poder do pai não pode, entretanto, concorrer com o poder do Rei. Daí a existência de limites judiciais ao exercício do direito de correção, sobretudo no tocante à execução da sanção, quando é defeso ao pai aplicar uma pena no filho rebelde. Daí também o controle do encarceramento disciplinar a partir do século XVII. E neste campo o poder régio encontrou dificuldades para controlar o direito de correção paterna, o que se verifica pela ineficácia do mecanismo de assimilação entre o crime de cárcere privado e o crime de lesa-majestade. Assim, em vez de sancionar os pais, o poder régio se colocou em uma posição ambígua, tratando de facilitar e, ao mesmo tempo, limitar o direito de correção deles.

## NOTAS

1 No continente europeu um movimento de abolição de toda forma de castigo físico contra crianças ganhou força no seio do Conselho da Europa. Dos 47 países-membros do CE, somente 21 proíbem formalmente o castigo físico em suas legislações, ou seja, menos da metade. Os países e a data em vigor da respectiva legislação são os seguintes: Suécia (1979), Finlândia (1984), Noruega (1987), Áustria (1989), Portugal (1994), Chipre (1994), Letônia (1998), Dinamarca (1997), Croácia (1999), Alemanha (2000), Bulgária (2000), Islândia (2003), Romênia (2004), Hungria (2004), Ucrânia (2004), Grécia (2006), Holanda (2007), Espanha (2007), Moldávia (2008), Luxemburgo (2008), Polónia (2010); e no mundo, apenas 32 países integraram essa lista. Informações extraídas do site: <<http://www.endcorporalpunishment.org/pages/frame.html>>.

Na França há Projeto de Lei n. 2.244, de 22 de janeiro de 2010, para abolir o castigo físico de crianças, mas que ainda não foi sancionado. No Brasil, o artigo 1.638 do Código Civil autoriza o castigo físico exercido de maneira moderada (“Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I – castigar imoderadamente o filho”), e desde 2003 existe Projeto de Lei n. 2.654/2003, que se tornou Projeto de Lei n. 7672/2010, sobre a alteração desse artigo do Código Civil, e do artigo 130 da Lei n. 8.069/90, o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecendo o direito da criança e do adolescente a não serem submetidos a qualquer forma de punição corporal mediante a adoção de castigos moderados ou imoderados, sob a alegação de quaisquer propósitos, ainda que pedagógicos.

2 A Lei de 1935 apenas retira o direito dos pais de encarcerar os filhos diretamente, isto é, sem auxílio de autorização judicial. O encarceramento dos filhos por forma de correção somente desaparecerá com uma lei de 23 de dezembro de 1958.

3 Artigo 378-1: “Podem ser retirados totalmente da autoridade parental, independente de qualquer condenação penal, o pai e mãe que, seja por maus-tratos, seja por consumo habitual e excessivo de bebidas alcoólicas ou uso de entorpecentes, seja por má conduta notória ou por comportamentos delituosos, seja por falta de cuidados ou falta de direção, coloquem manifestamente em perigo a segurança, a saúde ou a moral da criança” (a tradução de todos os textos em francês para a língua portuguesa foi realizada pelo próprio autor).

4 No direito romano clássico o *paterfamilias* detinha o direito de vida e de morte sobre os seus filhos, o *vitae necisque potestas*. A origem e o desuso dessa correção capital do pai romano suscitaram inspirados debates junto aos romanistas (CORNIL, 1897; ALBANESE, 1948; THOMAS, 1984).

5 Permito-me citar comunicação de minha autoria intitulada “*Considérations sur le droit de correction dans l’ancien droit, du XVIIe au XVIIIe siècle*” apresentada no colóquio *La peine et le Code pénal de 1810. La dimension historique de la peine avant, pendant et après le Code pénal de 1810* (versão escrita a ser publicada).

6 Este estudo situa-se, em larga perspectiva, sob o paradigma da *Sozialdisziplinierung* (disciplina social) introduzido em 1968 no domínio da historiografia por Gerhard Oestreich para explicar o processo de mutação cultural da Europa na época moderna. Este trabalho deve ser colocado em direta relação com os de Norbert Elias (1939) e de Michel Foucault (1975). Do ponto de vista metodológico, o conceito de disciplina como um “instrumento, exercício, organização da força social de cada indivíduo” (P. SCHIERA, 1992, p. 316) já foi utilizado em estudos de história do direito. Para o Brasil, conferir o estudo de Andrei Koerner (2006) que toma como modelo a Casa de correção da Corte para estudar as práticas de punição e disciplina da sociedade escravista. Conferir também Daniela Frigo (1991) que se apoia na doutrina quinhentista e seiscentista para identificar a “doutrina da economia” no âmbito da autoridade doméstica e de sua transposição como “modelo de gestão” ao poder político do rei. Ver, igualmente, António Manuel Hespanha (1993) que insere o paradigma da disciplina social no âmbito da política penal do Antigo Regime em Portugal.

7 Sobre o processo de formação do poder de polícia do Estado durante o Antigo Regime, a bibliografia é numerosa. Na bibliografia brasileira conferir Seelaender (2009); para o direito francês ver Durand (1996); e para o direito alemão ver a obra organizada por Stolleis (1996), o estudo de Härter (1994), e o de Napoli (1997) que situa o tema na “era liberal”.

8 Esse estado de concorrência se verifica com nitidez quando o direito de correção do pai de família se exerce pelo encarceramento disciplinar.

9 De acordo com o artigo 65 do costume de Montpellier: “Os furtos, roubos e injúrias praticados pelos domésticos são corrigidos pelos senhores que são seus magistrados, de modo que eles não estão obrigados a se apresentarem

perante a justiça. Entendemos por domésticos: esposa, servos, libertos, mercenários, filhos e netos, discípulos e escolares, *auditores et mares omnes* e as mulheres de família” (*Domestica furta vel rapine vel injurie domestice corrigantur a dominis seu a magistris, ita quod non teneantur reddere curie; nec castigati de castigatione audiantur in curia; domestici autem intelligimus: uxorem, servos, libertos, mercenarios, filios vel nepotes, discipulos vel scolares, auditores et mares omnes et feminas qui sunt de familia*).

10 “Se o teu filho está sob teu poder, ele não poderia alienar os bens que havia (previamente) adquirido para você. Se ele não reconhecer a piedade que é devida a um pai, você não está impedido de puni-lo por exercer o pátrio poder. Você pode fazer uso de um remédio mais forte se ele persistir na mesma contumácia, e você pode entregá-lo ao governador provincial para pronunciar a sentença que você desejar que seja pronunciada.” (*Si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit: quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, castigare iure patriae potestatis non prohiberis, artiore remedio usurus, si in pari contumacia perseveraverit, eumque praesidi provinciae oblaturus dicturo sententiam, quam tu quoque dici volueris*)

11 “Nós permitimos às pessoas mais velhas de infligir aos menores próximos a eles castigos proporcionados a suas faltas a fim de que aqueles que os bons exemplos domésticos não puderam levá-los a ter uma vida honesta sejam constrangidos pela correção. Nós não os autorizamos, entretanto, o direito de infligir fortes punições a seus menores próximos, mas somente a faculdade de castigá-los como convém ao pátrio poder, e de punir seus desvios e de reprimi-los por uma correção doméstica. Mas se a atrocidade do fato exceder os limites de uma correção doméstica, nós ordenamos que o culpado seja levado aos tribunais.” (*In corrigendis minoribus pro qualitate delicti senioribus propinquis tribuimus potestatem, ut, quos ad vitae decora domesticae laudis exempla non provocant, saltem correctionis medicina compellat. Neque nos in puniendis morum vitiis potestatem in immensum extendi volumus, sed iure patrio auctoritas corrigat propinqui juvenis erratum et privata animadversione compescat. Quod si atrocitas facti ius domesticae emendationis excedit, placet, enormis delicti reos dedi iudicum notioni*)

12 O procedimento do *hors de cour* e de *procès* se aplica “quando não há provas suficientes para condenar o acusado, nem para absolvê-lo plenamente” (DENISART, 1777, p. 483).

13 Ver também aresto da Corte de Dijon (sem data) onde uma mãe acusa o filho perante a justiça e depois o perdoo. Mas sem considerar o perdão da mãe os juizes condenam o filho a fazer *amende honorable* diante da porta da Igreja de Notre Dame de Dijon além de condená-lo a nove anos de galês (SERPILLON, 1767, T. 10, art. 8). Igualmente o aresto de 1578 em que um filho foi condenado ao açoite pelo Procurador do rei de Sammar sem considerar o perdão da ofensa feita pelo pai (BOUCHEL, 1629, Vº Injure).

14 Digesto 48, Título 9: Da lei Pompeia sobre os parricídios: “Reporta-se que o imperador Adriano, tendo julgado um homem que havia matado durante uma caça seu filho que era adúltero de sua madrasta, foi deportado para uma ilha; porque ele havia cometido o assassinato mais como um ladrão do que usando o direito de pai; o pátrio poder deve consistir em piedade, e não em atrocidade” (*Digeste 48, 9, De lege Pompeia de parricidiis: Divus Hadrianus fertur, cum in venatione filium suum quidam necaverat, qui novercam adulterabat, in insulam eum deportasse, quod latronis magis quam patris iure eum interfecit: nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*).

15 Entre outros deveres dos pais, podemos elencar o dever de alimentar os filhos – *qui fait l’enfant doit le nourrir* (LOISEL, 1846, t. 1, n. 58) –, o dever de educar os filhos e de estabelecê-los – daí vem o dever de dotar a filha (GAILHBAUD, 1928, p. 36) –, e o dever de *donner un métier* ao filho. Foi a partir de uma reflexão sobre os *deveres* do pai de família que Karen Fiorentino (2009) estudou o pátrio poder durante o período da Revolução Francesa.

16 “Art. 611. Se a criança comete um ilícito contra alguém quando está sob o poder de seu pai, o pai deve pagar uma multa civil, porque ele deve castigar seus filhos.”

17 Provérbios do Antigo Testamento dizem: “Castiga o teu filho enquanto há esperança, mas não deixes que o teu ânimo se exalte até o matar” (Prov. XIX/18); “A estultícia está ligada ao coração da criança, mas a vara da correção a afugentará dela” (Prov. XXII/15); “A vara e a repreensão dão sabedoria, mas a criança entregue a si mesma envergonha a sua mãe” (Prov. XXIX/15); “Castiga o teu filho, e te dará descanso; e dará delícias à tua alma” (Prov. XXIX/17).

18 No dicionário de Estienne-Pasquier *atrocitas* significa *Oultrage, Cruauté, Felonnie* (1552, Vº Atrocitas, p. 134). No dicionário de Jean Nicot encontramos a definição de *atrocitas* pelo termo *enormité* (1606, p. 233, Vº Enormité).

19 A noção de *atrocitas* foi apropriada pelas jurisdições eclesiásticas para inventar a categoria de *enormitas* (THERY, 2011).

20 Certos médicos atribuíam aos açoites funções de cura. Ver, por exemplo, a obra *Flagellum salutis* de 1698 editada em Frankfurt pelo médico Christian Franz Paullini que considera a hostilidade de uma fustigação como um eficaz remédio para extirpar certas doenças, tais como a melancolia, a paralisia, o inchaço no bócio e o aborto.

21 A definição do crime de injúria no antigo direito penal diverge daquela do direito atual, e agressões físicas entram nessa categoria penal. Do latim *injuria* (*in*, contra, e *ius, iuris*, direito), a injúria é, *lato sensu*, definida como toda ação contrária ao direito; e em *stricto sensu* como uma investida oral ou física que atenta contra a integridade física ou moral de uma pessoa.

22 Segundo Pothier, “recusar a uma criança indigente os alimentos necessários, mesmo que ela tenha cometido uma grave ofensa contra seus pais, seria de alguma maneira render-se culpado de homicídio perante Deus” (1831, Part. 5, Cap. 1, n. 385).

23 A influência cristã sobre a *patria potesta* do período clássico – condenando os seus rigores e transformando o seu conteúdo – é atestada na doutrina de Tertuliano já no século III a.C. (ROBERTI, 1933; GAUDEMET, 1959).

24 “O dever, ou o amor e a obediência que devemos primeiramente com relação a Deus, e depois com relação a seus pais e mães, e filhos, e outros parentes próximos.” (PASQUIER, 1552, p. 1003, Vº Pietas).

25 Jean Bodin afirma que “seria impossível os pais punirem seus filhos sem uma causa boa e justa porque a afeição e o amor dos pais e mães com os filhos são tão grandes que a lei sempre presumiu que tudo que eles fizessem sempre seria em proveito e honra dos filhos” (1986, Liv. I, Cap. 4, p. 75).

26 Pode-se ler num aresto de 1686: “dando os justos limites ao imenso poder que as antigas leis atribuíam aos pais sobre os filhos, colocamos de lado o que era contrário ao espírito do cristianismo” (BLONDEAU, 1700, p. 604). Uma ideia bem propagada na Idade Média, e ainda hoje defendida, é o papel “humanista” desempenhado pelo cristianismo no direito romano considerado para o cristão como bárbaro. A perpetuação dessa ideia no século XIX deve-se a obra de Raymond Théodore Tropolong (1843).

27 Art. 371-1 do atual Código Civil francês: “A criança, a toda idade, deve honrar e respeitar seu pai e sua mãe” (*L'enfant à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère*). Regra de inspiração bíblica: “Honre teu pai e tua mãe” (Êxodo XX/12), “Que cada um de vocês respeite seu pai e sua mãe” (Lev. XIX/3), “Crianças, respeitem seus parentes” (Ef. VI/1). Num estudo sobre a origem desse artigo nos debates preparatórios ao Código Civil de 1804, Xavier Martin indaga se quando os redatores exprimem “honra e respeito”, eles na realidade querem dizer “submissão e obediência” (1992, p. 277).

28 “Que aquele que é alojado num quarto situado na cidade pode com mais facilidade deixar-se levar pela devassidão. Entretanto, a ideia de pais e mães de encarcerarem seus filhos dentro de colégios foi bastante sábia, porque através desse expediente os filhos são compelidos a acostumar-se ao estudo, e de uma só vez se imprime sobre suas almas a imagem dos bons hábitos.” (PASQUIER, 1633, Liv. 9, Cap. 18, p. 381)

29 Temos aqui um exemplo de assimilação entre “corpo físico” do Rei e “corpo político” do reino, ideia que tem origem na teoria política medieval (KANTOROWICZ, 1997).

30 “... em nossa polícia em matéria de comando e obediência, ela se refere, por um lado, ao público de maneira total, como é a autoridade dos magistrados sobre o povo e aquela do bispo sobre o clero e, por outro lado, ela se refere ao particular e ao doméstico que marca o poder do pai dentro de sua casa com relação ao seu filho, do marido com relação a sua mulher...” (1610, p. 64).

31 Todas as informações que seguem foram extraídas do estudo de P. Sérieux (1938) sobre a intervenção do Parlamento de Paris no controle do encarceramento correccional.

32 Essa condição é fruto de julgados anteriores envolvendo o direito de correção paternal que é, na realidade, uma interpretação extensiva da *Novelae 22, Caput XXXVIII*: “... que a mãe é vista como mais digna de confiança para a educação dos filhos ... se ela não passar em segundas núpcias” (... *quoniam omnium mater fide dignior ad filiorum educationem videbatur ... nisi ad secundas accesserit nuptias*). No Parlamento da Bretanha, de acordo com a decisão prolatada em 1559, a madrastra e o pai são acusados de maltratar a jovem Jeanne Lanté (DU FAIL, 1654, Liv. 2, Chap. 93, p. 532-533). Quase um século

depois (em 1644), o Parlamento de Toulouse julga um caso em que um pai casado quatro vezes se recusa de fornecer subsídios para o tratamento do filho doente do seu primeiro casamento (PLANTEAU DE MAROUSSEM, 1887, p. 151). Em 1675, neste mesmo Parlamento, a guarda dos filhos é retirada de um pai casado em *secondes noces* acusado de praticar maus-tratos, acusação que foi também dirigida contra a madrasta (ROCHE-FLAVIN, 1682, V<sup>o</sup> *Serviteur et servantes*). No final do século XVIII, no Parlamento de Provença, um pai e a sua segunda esposa são acusados de maltratar a jovem Marguerite Caillot (MERLIN, 1828). Todos esses julgados estão baseados numa ideia bem propagada na doutrina do direito comum segundo a qual os sentimentos naturais de afeição do pai ou da mãe com relação aos filhos do primeiro casamento são, segundo uma *expérience journaliere et continuelle*, alterados e corrompidos pelo segundo casamento. Como afirmou Boniface, jurista provençal do século XVII, com um segundo casamento “não há segurança na casa do pai, seja pelas induções da madrasta, seja pelo amor do pai pelos seus filhos do segundo casamento, os movimentos de afeição [com os filhos do primeiro casamento] se alteram; é o que acontece quase sempre” (BONIFACE, 1689, p. 674).

33 Art. 375: “O pai que terá motivos de descontentamentos muito graves sobre a conduta de uma criança, terá os seguintes meios de correção”. Art. 376: “Se a criança tem idade de dezesseis anos começados, o pai poderá o deter durante um tempo que não poderá exceder um mês; e, para este efeito, o presidente do *tribunal d’arrondissement* deverá, sob sua demanda, expedir ordem de prisão”. Art. 377: “A partir da idade de dezesseis anos começados até a maioridade ou a emancipação, o pai poderá somente requerer a detenção do seu filho por até seis meses; ele se dirigirá ao presidente do tribunal, que, depois de ter verificado a demanda junto ao comissário do Governo, expedirá a ordem de prisão ou a recusar, e poderá, no primeiro caso, abreviar o tempo de detenção requerido pelo pai”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### 1. Fontes

- AGOSTINHO, Bispo de Hipona. *Confissões*, Liv. 1, Ch. 7.
- BASSET, Jean-Guy (1738). *Notables arrests de la cour de Parlement, aydes et finances de Dauphiné*, t. 2, Grenoble.
- BODIN, Jean (1986) [1. ed. 1576]. *Les Six livres de la République*, Fayard, Paris.
- BONIFACE, Hyacinthe (1670 e 1689). *Arrêts notables de la cour du Parlement de Provence*, 5 vols., Lyon (1670), e Paris (1689).
- BOUCHEL, Laurent (1629). *La Bibliothèque ou trésor du droit françois recueilly et mis en ordre*, Paris.
- CLEMENTINI, Ascanii (1571). *Tractatus de patria potestate*, Venise.
- D’ARGENTRÉ, Bertrand (1628). *Costumes générales du pays et duché de Bretagne*, Rennes.
- DAMHOUDER, Joost (1555). *La Pratique et enchiridion des causes criminelles*, Louvain.
- \_\_\_\_\_ (1567). *Le refuge et garand des pupiles, orphelins, et prodigues*, Anvers.
- DENISART, Jean-Baptiste (1777). *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, t. 2, Paris.
- DOMAT, Jean (1777) [1. de. 1689]. *Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, Paris.
- DU FAIL, Noël (1654). *Memoires des plus notables et solennels arrests du Parlement de Bretagne*, Rennes.
- DURET, Jean (1610) [1. ed. 1573]. *Traicte des peines et amendes tant pour les matieres criminelles que civiles*, Lyon.
- EXPILLY, Claude (1631). *Plaidoyez de M. Claude Expilly*, Lyon.
- FERRIÈRE, Claude-Joseph de (1769). *Dictionnaire de droit et de pratique*, t. 2, Paris.
- JOURNAL DU PALAIS DE BLONDEAU* ou Recueil des principales décisions de tous les Parlements et Cours souveraines de France (1700), 1660-1700, 4. ed. Paris.
- JOUSSE, Daniel (1771). *Traité de la justice criminelle de France*, t. 1, Paris.
- LOISEL, Antoine (1846) [1. ed. 1607]. *Institutes coutumieres*, Paris.
- MERLIN, Philippe-Antoine (1828). *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, t. 13 (V<sup>o</sup> Puissance paternelle), Paris.
- MESLÉ, Jean (1752). *Traité des minorités, tutelles et curatelles*, v. 1, Paris.
- NICOT, Jean (1606). *Le thresor de la langue françoise, tant ancienne que moderne*, Paris.
- PAPON, Jean (1568) [1. ed. 1556]. *Recueils d’arrests notables des courts souveraines de France*, Paris.
- PASQUIER, Estienne (1552). *Dictionarium latinogallicum*, Paris.
- \_\_\_\_\_ (1610). *L’interpretation des institutes de Justinian*, Paris.
- \_\_\_\_\_ (1633). *Les recherches de la France*, Paris.
- PLANTEAU DE MAROUSSEM, Pierre-Robert (1887). *Essai de théorie sur la nature de l’émancipation en droit romain: du contrôle de la justice sur les droits paternels de correction et d’éducation en droit français*, thèse faculté de droit de Paris.

- POTHIER, Robert-Joseph (1831) [1. ed. 1778]. *Oeuvres de Pothier: Traité du contrat de mariage et de la puissance du mari*, t. 3, Bruxelles.
- ROCHE-FLAVIN, Bernard de la (1682). *Arrests notables du Parlement de Toulouse*, t. 5, Toulouse.
- SERPILLON, François (1767). *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, t. 1, Lyon.
- TROPOLONG, Raymond Théodore (1843). *L'influence du christianisme sur le droit civil des Romains*, Paris.

## 2. Trabalhos acadêmicos

- ALBANESE, Bernardo (1948). "Note sull'evoluzione storica del ius vitae et necis", *Scritti Ferrini*, vol. III, Milano, p. 343-366.
- AUBENAS, R. J. (1964). "Quelques réflexions sur le problème de la pénétration du droit romain dans le Midi de la France au Moyen Âge", *Annales du midi*, t. 76, Toulouse, 1964, p. 371-377.
- CARBASSE, Jean-Marie (2006). *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris.
- CORNIL, Georges (1897). "Contribution à l'étude de la patria potestas", *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 21, p. 417-485.
- DELMAS-MARTY, Mireille (1995). "Réflexions sur le pouvoir disciplinaire", *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 22 (6ème année – 1er avril), p. 154-160.
- DEMARS-SION, Veronique (2000). "L'enfermement par forme de correction paternelle", *Revue historique de droit français et étranger*, 78 (3), juill.-sept., p. 429-472.
- DURAND, Bernard (1996). "La Notion de Police en France du XVIe au XVIIIe siècle", *Policy in Europa der Frühen Neuzeit*, Michael Stolleis (Org.), Frankfurt am Main, p. 163-211.
- ELIAS, Norbert (1939). *Über den Prozeß der Zivilisation*, 2 voll., Basilea: Verlag Haus zum Falken. Traduzido para o português: *O processo civilizador, I: Uma história dos costumes, II: Formação do Estado e civilização*, 2. ed. Rio de Janeiro, 2011.
- FARGE, Arlette et FOUCAULT, Michel (1982). *Les désordres des familles. Lettres de cachet des archives de la Bastille*, Gallimard, Paris.
- FIORENTINO, Karen (2009). "La puissance paternelle en Provence: une juridiction domestique tempérée par des devoirs", *Revue historique de droit français et étranger*, n. 1, janv.-mars, p. 1-40.
- FOUCAULT, Michel (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Gallimard, Paris.
- FRIGO, Daniela (1991). "Disciplina Rei Familiariae: a Economia como Modelo Administrativo de Ancien Régime", *Penélope*, n. 6, p. 47-62.
- GAILHBAUD, M. (1928). *L'autorité du père de famille dans la coutume et jurisprudence du Parlement de Toulouse aux XVIe et XVIIIe siècles*, Toulouse.
- GARNOT, Benoît (1998). "La violence et ses limites dans la France du XVIIIe siècle : l'exemple bourguignon", *Revue historique*, t. 297/2, Paris, p. 237-253.
- GAUDEMET, Jean (1959). "Parents et enfants dans la doctrine patristique et la législation conciliaire du Bas-Empire", *Études d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot*.
- GAUVARD, Claude (1997). "La justice pénale du roi de France à la fin du Moyen Âge", *Le pénal dans tous ses états, Justice, États et Sociétés en Europe, XIIIe-XXe siècles*, Xavier Rousseaux e René Lévy (orgs.), Bruxelles, p. 81-112.
- GAY, Manuel (2009). "Du consentement à l' *affectio maritalis*: quatre mariages princiers (France-Angleterre, 1395-1468)", *Revue historique*, n. 650, avril, Puf, Paris, p. 293-294.
- HÄRTER, Karl (1994). "Disciplinamento sociale e ordinanze di polizia nella età moderna" (tradução da língua alemã para o italiano por Chiara Zanon Zorzi), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Instituto storico italo-germanico in Trento, Bologna, p. 635-658.
- HESPANHA, António Manuel (1993). "Da *Iustitia* à *disciplina*, textos, poder e política penal no antigo regime", *Justiça e litigiosidade: História e prospectiva*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 287 e s.
- HILAIRE, Jean (1968-1969). "*Patria potestas* et pratique montpelliéraine au Moyen Âge: symbolisme du droit écrit", *Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et normands*, Dijon, p. 434.
- KANTOROWICZ, Ernst Hartwig (1997). *The King's Two Bodies: A Study in Mediaeval Political Theology*, Princeton University Press.
- KOERNER, Andrei (2006). "Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX", *Lua Nova*, 68, São Paulo, p. 205-242.
- LAINGUI, André (1970). *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVIe- XVIIIe siècle)*, Paris.
- MARROU, H.-I (1934). "Doctrina" et "disciplina" dans la langue des Pères de l'Église", *Bulletin Du Cange*, 19, Paris, p. 5-25.
- MARTIN, Xavier (1992). "A tout l'âge ? Sur la durée du pouvoir des pères dans le Code Napoléon", *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n. 13, p. 227-301.

- NAPOLI, Paolo (1997). "Police" et "Polizei": deux notions à l'âge libéral", *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Olivier Beaud e Patrick Wachsmann (orgs.), Strasbourg, p. 79-100.
- QUÉTEL, Claude (2009). *Histoire de la folie. De l'Antiquité à nos jours*, Tallandier, Paris.
- \_\_\_\_\_ (1981). *De par le roi: essai sur les lettres de cachet*, Privat, Paris.
- ROBERTI, M (1933). "Patria potestas e paterna pietas", *St. Albertoni*, 1, p. 259 e s.
- SCHIERA, Pierangelo (1992). "Disciplina, disciplinamento", *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, XVIII, p. 315-334.
- SCHMITT, Jean-Claude (1998). "Le corps en Chrétienté", *La production du corps*, Maurice Godelier et Michel Panoff (Org.), éditions des archives contemporaines, p. 340.
- SCHNAPPER, Bernard (1991). "La correction paternelle et le mouvement des idées au XIXe siècle (1789-1935)", *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénal (XVIème-XXème siècles)*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 523-553.
- \_\_\_\_\_ (1991b). "La répression pénale au XVIe siècle, l'exemple du Parlement de Bordeaux (1510-1565)", *Voies nouvelles en histoire du droit. La justice, la famille, la répression pénal (XVIème-XXème siècles)*, Presses Universitaires de France, Paris, p. 53-105.
- \_\_\_\_\_ (1972). "Observations sur les crimes atroces dans l'ancien droit pénal", *Revue historique du droit français et étranger*, a-50, n. 4, p. 684-685.
- SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (2009). "A 'polícia' e as funções do Estado – notas sobre a 'polícia' do Antigo Regime", *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, n. 49, p. 73-87.
- SÉRIEUX, Paul (1938). "Le Parlement de Paris et la surveillance des maisons d'aliénés et de correctionnaires aux XVIIe et XVIIIe siècles", *Revue Historique de droit français et étranger*, quatrième série, dix-septième année, p. 404-459.
- STOLLEIS, Michael (Org.) (1996). *Policy im Europa der Frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main.
- THERY, Julien (2011). "Atrocitas/Enormitas. Pour une histoire de la catégorie d' "énormité" ou "crime énorme" du Moyen Âge à l'époque moderne", *Clio@Thémis*, n. 4: <http://www.cliothemis.com/Atrocitas-enormitas-Esquisse-pour>.
- THOMAS, Yan (1984). "Vitae necisque potestas, le père, la cité, la mort", *Du châtement dans la cité, supplices corporels et peine de mort dans le monde antique*, Collection de l'Ecole française de Rome, n. 79, p. 53.
- WAGENVOORT, Hendrik (1980). *Pietas. Selected studies in Roman religion*, Leiden.

*Alan Wruck Garcia Rangel*

Université de Strasbourg, França  
Bâtiment L'Escarpe, 11 rue du Maréchal Juin, 67046  
Strasbourg – France  
[alan.wruck@gmail.com](mailto:alan.wruck@gmail.com)

DOCTORANDO VINCULADO AO CENTRO DE DROIT PRIVÉ  
FONDAMENTAL, UNIVERSITÉ DE STRASBOURG (FRANÇA)  
ATTACHÉ TEMPORAIRE D'ENSEIGNEMENT ET DE  
RECHERCHE (ATER) NA MESMA UNIVERSIDADE

## A AUDIÊNCIA JUDICIAL EM AÇÃO: UMA ETNOGRAFIA DAS INTERAÇÕES ENTRE JURISTAS E JURISDICIONADOS NA FRANÇA \*

Pedro Heitor Barros Geraldo

THE JUDICIAL HEARING IN ACTION: AN ETNOGRAPHY OF  
THE INTERACTIONS BETWEEN JURISTS AND LAY PEOPLE

### RESUMO

ESTE ARTIGO PROCURA DESCREVER AS INTERAÇÕES ENTRE JURISTAS E LEIGOS NOS FÓRUNS. AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS SÃO UM AMBIENTE INTERESSANTE ONDE PODEMOS OBSERVAR ESSAS INTERAÇÕES ENTRE PROFISSIONAIS E LEIGOS. A PESQUISA DE CAMPO É BASEADA NA OBSERVAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE JUÍZES DE PROXIMIDADE EM FÓRUNS DO SUDESTE DA FRANÇA EM CINCO FÓRUNS DIFERENTES. O OBJETIVO É COMPREENDER AS INTERAÇÕES ATRAVÉS DE UMA ABORDAGEM ETNOMETODOLÓGICA. COMO RESULTADOS, EU PUDE DESCREVER UMA ATIVIDADE REFLEXIVA ENTRE JURISTAS E LEIGOS. POR UM LADO, JURISTAS EXPLICAM O DIREITO UTILIZANDO A LINGUAGEM COMUM, ENQUANTO OS JURISDICIONADOS SE ESFORÇAM PARA COMPREENDER AS NORMAS JURÍDICAS EM FUNÇÃO DE SUAS FINALIDADES PRÁTICAS. ESSA ATIVIDADE É POSSÍVEL GRAÇAS À CAPACIDADE DE CRIAR FERRAMENTAS COGNITIVAS USANDO *ACCOUNTS* CONTEXTUAIS. FINALMENTE, O TRABALHO NAS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS PERMITE OBSERVAR COMO O DIREITO É REALIZADO ATRAVÉS DAS FERRAMENTAS COGNITIVAS QUE SÃO DESENVOLVIDAS NAS INTERAÇÕES ENTRE JURISTAS E JURISDICIONADOS.

### PALAVRAS-CHAVE

JUSTIÇA DE PROXIMIDADE; AUDIÊNCIA JUDICIAL; INTERAÇÕES ASSIMÉTRICAS; ETNOMETODOLOGIA.

### ABSTRACT

THIS PAPER AIMS TO DESCRIBE THE ASYMMETRIC INTERACTIONS BETWEEN JURISTS AND LAY PEOPLE IN COURTROOMS. THE HEARINGS ARE AN INTERESTING ENVIRONMENT WHERE WE CAN OBSERVE THESE INTERACTIONS BETWEEN EXPERTS AND LAY PEOPLE. THE RESEARCH IS BASED ON OBSERVATION OF HEARINGS OF THE "JUGES DE PROXIMITÉ" IN COURTROOMS IN SOUTHERN FRANCE IN FIVE DIFFERENT COURTS. THE MAIN GOAL IS TO PROVIDE A THICK DESCRIPTION OF THESE INTERACTIONS FOR THE ANALYSIS IN AN ETHNOMETODOLOGICAL POINT OF VIEW. AS A RESULT, I COULD DESCRIBE A REFLEXIVE ACTIVITY BETWEEN JURISTS AND LAY PEOPLE. IN ONE HAND, THE JURISTS EXPLAIN THE LAW IN ORDINARY LANGUAGE WHILE THE LAY PEOPLE MAKE A STRUGGLE TO UNDERSTAND THE LEGAL ASSESSMENTS FOR PRACTICAL PURPOSES. THIS ACTIVITY IS POSSIBLE DUE TO THE CAPACITY OF CREATING COGNITIVE TOOLS USING CONTEXTUAL ACCOUNTS. FINALLY, THE COURT HEARINGS WORK ALLOWS OBSERVING HOW THE LAW IS ACCOMPLISHED WITH THE COGNITIVE TOOLS WHICH ARE DEVELOPED BY THE INTERACTIONS OF LAWYERS AND LAY PEOPLE.

### KEYWORDS

SMALL CLAIM COURT; JUDICIAL HEARINGS; ASSYMETRIC INTERACTIONS; ETHNOMETODOLOGY.

*Basta empurrar a porta de um tribunal (...) e observar.*

DOMINIQUE SIMONNOT

## INTRODUÇÃO

Este texto deriva de minha pesquisa de doutorado sobre os Juízes de Proximidade (*juges de proximité*) na França (GERALDO, 2011). Durante o trabalho de campo, a escolha de ir assistir às audiências me pareceu evidente. Porém, ao reunir os dados recolhidos, eu me confrontei com um problema: como analisá-los?

Este artigo parte, então, dessa necessidade prática e teórica. Eu não compreendia bem as audiências quando as assistia. Enquanto jurista de formação e brasileiro, eu atribuía a incompreensão ora ao meu desconhecimento do sistema jurídico francês, ora aos obstáculos linguísticos.

No primeiro dia de observação, uma senhora sentou-se ao meu lado. A audiência já tinha começado. Eu estava particularmente ansioso, pois era a primeira vez que assistia a uma audiência como pesquisador. Ela se aproximou para me perguntar como deveria chamar o juiz: *Senhor juiz* ou *Senhor presidente*? Eu também não sabia muito bem. “*Senhor juiz!*”, respondi. Estava participando de algo que eu mesmo não me dei conta. Após várias horas de observação e de reflexão, esse pequeno episódio corriqueiro e sem importância me pareceu significativo. Como nós podemos compreender as interações entre juristas e os jurisdicionados que não conhecem o direito? Como, apesar de tudo, eles interagem de maneira a satisfazer às necessidades de uns e de outros?

Este texto propõe uma análise etnometodológica desse encontro entre juristas e jurisdicionados. Primeiramente, é preciso reconhecer que o objeto de pesquisa, a perspectiva teórica e o campo escolhidos não são usuais à pesquisa sociológica que se realiza sobre o direito. A ordem dessas atividades ligadas à pesquisa também não me apareceu assim; fui a campo quando descobri a escassez de trabalhos empíricos sobre esse tema – porém, os poucos que existem utilizam essa perspectiva teórica.

É por essa razão que a especificidade do campo de pesquisa é desenvolvida em sua importância. Em seguida, explicarei o que foi observado para que a conclusão seja reservada a uma análise mais aprofundada dos dados recolhidos.

## I O CONTEXTO INSTITUCIONAL DA AUDIÊNCIA

A cena judiciária é um lugar onde se pode desenvolver perspectivas etnográficas de pesquisa para compreender as práticas e as relações. O objetivo é demonstrar a maneira pela qual esse objeto de pesquisa pouco comum permite apreender as práticas dos profissionais do direito. Pretendo mostrar as razões que me conduziram a essa escolha metodológica para compreender o processo pelo qual se *fabrica o direito* – segundo Bruno Latour (2004) – em vez de partir dos resultados para compreender os processos pelos quais eles são produzidos.

O trabalho dos juristas sempre foi considerado um trabalho intelectual, no qual a retórica e a formalidade do discurso são os exercícios de base da profissão. Além disso,

as formas de comunicação escrita também fazem parte dessa imagem de um profissional que deve conhecer o direito a fim de utilizá-lo de uma forma elegante e convincente.

Essa perspectiva do que os juristas fazem é utilizada como um dos pontos de apoio da análise sociológica proposta por Bourdieu (1986). Ele considera que há um conflito existente entre as “diferentes definições do trabalho jurídico como interpretação autorizada dos textos canônicos” (BOURDIEU, 1986, p. 6). O trabalho jurídico releva então uma disputa em torno da interpretação do direito. Todavia, isso não esclarece o que é esse trabalho interpretativo e os processos que os tornam objetivos; essa análise também nos ensina pouco sobre as relações com aqueles que o autor chama de *profanos*. Finalmente, essa abordagem do trabalho jurídico possui um sentido holístico, que engloba todas as atividades que concernem as profissões jurídicas, que não são a mesma coisa. Os advogados, os juizes, os escrivães e os oficiais de justiça, como todos aqueles das outras profissões ditas do direito, não possuem a mesma relação com o conhecimento do direito.

O trabalho dos juristas é então um tema inteiramente à parte que merece atenção, uma vez que o cotidiano de trabalho desses profissionais não é o mesmo. É preciso saber no que eles diferem. Obviamente, as funções não se exercem todas no mesmo lugar. Entretanto, se é verdade que eles se relacionam, eles o fazem nos fóruns.

Quando se trata de estudar atividades práticas como o trabalho, parte-se do seu resultado ou do processo pelo qual é produzido. O objetivo é poder avançar sobre essa noção de trabalho jurídico, considerando-o sobretudo como um processo em execução, mais do que um resultado pronto e acabado. Nos fóruns, podemos observar tal processo em ação.

As pesquisas sobre os tribunais tratam das inovações institucionais (ACKERMANN; BASTARD, 1993) e sobre os ritos judiciários (GARAPON, 1997); partindo desses trabalhos, percebi que a audiência é uma cena interessante para observar a realização do trabalho jurídico. Nelas pode-se assistir ao direito em ação. Segundo Garapon:

Para fazer justiça, é preciso falar, testemunhar, argumentar, provar, escutar e decidir. Para tudo isso é preciso primeiramente se encontrar em situação de julgar. O primeiro gesto da justiça não é nem intelectual, nem moral, mas arquitetural e simbólico: delimitar um espaço sensível que mantém à distância a indignação moral e a cólera pública, reservar um tempo para isto, estipular as regras do jogo, convencionar um objetivo e instituir os atores (GARAPON, 1997, p. 19) .

Essa descrição permite compreender as atividades práticas, mas também o lugar onde elas se realizam. O momento da audiência é assim uma fonte de pesquisa interessante para observar o trabalho dos profissionais do direito, porque se pode igualmente ver como esse trabalho é realizado com os *leigos*.

Recentemente realizou-se uma série de trabalhos sobre audiências. O trabalho do juiz é central para alguém que as assiste, ainda que ele não seja o único a trabalhar na sala; tendo por objetivo seguir essas pistas de pesquisa, procurei entender o trabalho do juiz nas audiências. Em uma revisão bibliográfica sobre esse tema, Angèle Christin (2006) se questiona: o que nós sabemos sobre a profissão de juiz? Como analisar sociologicamente o trabalho dos juízes?

Ao se observar a paisagem judiciária francesa no que diz respeito aos juízes, vemos que esse personagem que encarna o papel do jurista pertence a um *corpo* bem estudado (BANCAUD, 1993; BOIGEOL, 2010; CAM, 1978; GARAPON; SALAS, 2006; ISRAËL, 2005; MICHEL; WILLEMEZ, 2007; VAUCHEZ, 2004; ZAPPULLI, 2009), mas não homogêneo. Ao se aproximar das abordagens, as diferenças saltam aos olhos. As recentes reformas da justiça em França (VAUCHEZ et al., 2007) criaram um novo tipo de juiz: o juiz de proximidade. Para além das controvérsias em relação ao estatuto jurídico desse novo tipo de magistrado, constata-se de fato que todos esses juízes possuem uma formação jurídica<sup>1</sup> (PÉLICAND, 2009).

A função de juízes de proximidade foi criada em 2004 para julgar os pequenos casos da vida cotidiana. A competência legal no âmbito cível abarca as causas de até 4 mil euros, enquanto que, em matéria criminal, esses juízes têm a competência para julgar os casos de menor potencial ofensivo. A lei estabelece como critério para o recrutamento, em todos os casos, a experiência dos candidatos na área do direito, ou seja, eles são submetidos ao código da magistratura. No entanto, podem manter uma outra atividade principal. Esses juízes têm um mandato de sete anos não renováveis, sendo remunerados por hora trabalhada. O recrutamento é feito pelo Ministério da Justiça com a assistência da Corte de Apelação e do Conselho Superior da Magistratura. Por fim, eles não são autorizados a portar a toga, considerada o símbolo do poder de julgar; no seu lugar, determinou-se o uso de uma medalha dourada suspensa por uma fita azul.

A sala de audiência é o lugar da pesquisa, porém como nos adverte Clifford Geertz, “o local de pesquisa não é o objeto do pesquisa” (GEERTZ, 1973, p. 22). O objeto não é o ambiente de uma sala. O que me interessa particularmente é saber o que se deve visar na sala de audiência para analisar sociologicamente o trabalho realizado.

Apesar da referência à obra de Garapon (1997), a análise não seguirá sua metodologia, pois esta se utiliza de uma perspectiva estática dos elementos que compõem a cena judiciária. Outros trabalhos sobre as interações entre os profissionais relevam principalmente o caráter dinâmico de uma audiência, como os escritos de Dupret (2001, 2010, 2011), que utiliza uma abordagem praxeológica e inspira essa análise, versando a respeito do trabalho de diferentes profissionais que atuam nos processos judiciais no Egito. Nessa linha também estão as pesquisas de Atkinson e Drew (1979) sobre o trabalho profissional e as interações em audiências estadunidenses, além de outro trabalho de Drew (1993) sobre a estratégia de desqualificação dos depoimentos

das testemunhas no júri norte-americano, bem como a pesquisa de Lynch (1998) sobre o trabalho do juiz durante as audiências canadenses, a pesquisa de González Martínez (2005), que realizou uma análise de conversação “a partir do conjunto de gravações audiovisuais efetuadas por Raymond Depardon no Palácio de Justiça de Paris para o seu documentário *Délits flagrants* (1994)” (GONZÁLEZ MARTÍNEZ, 2005, p. 212) e o trabalho de Israël (1999) sobre o trabalho do juiz de menores realizado a partir de observações para a elaboração de uma explicação externalista “em termos dramaturgicos propostos por Erving Goffman” (ISRAËL, 1999, p. 394). Eles focalizam as interações como um processo de realização da Justiça. No Brasil, os trabalhos realizados sobre audiências buscam compreender os processos de administração de conflitos como as audiências dos juizados especiais criminais na baixada fluminense (AMORIM; KANT DE LIMA; BAUMANN BURGOS, 2003); há também diferentes trabalhos acerca dos julgamentos no tribunal do júri no Brasil (FERRAZ DE ALMEIDA, 2013; KANT DE LIMA, 2009; SCHRITZMEYER, 2007); a pesquisa sobre as sensibilidades jurídicas nas audiências no Brasil e na Argentina (EILBAUM, 2013) e as formas de administração de conflitos nas audiências nos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher (ALIMENA; AZEVEDO, 2011).

No início da pesquisa as observações eram difíceis de realizar, pois eu não sabia muito bem como orientar minha observação. Este trabalho se inspira nessa perspectiva de pesquisa para compreender as interações e suas conseqüências. Durante a pesquisa sobre os juízes de proximidade, rapidamente me dei conta que não havia muitas audiências para assistir, pois eles são em menor número e, assim, havia poucas audiências. Por isso, decidi ir a outros tribunais assim que a pesquisa de campo começou.

Este trabalho foi realizado com os dados dessa pesquisa, bem como das entrevistas com os juízes de proximidade e profissionais. Uso as observações realizadas em cinco tribunais de primeiro grau do sudeste da França (em Montpellier, em Sète, em Nîmes, em Béziers e em Avignon), totalizando mais de 60 horas de observação em vinte audiências. Esses tribunais são de tamanho variável do ponto de vista de sua atividade judiciária e de seus efetivos, o que produz efeitos sobre as relações que se estabelecem nos tribunais e nas práticas em cada um deles.

Essa pesquisa de campo *multissituada* (STARR; GOODALE, 2002) me permitiu recolher os dados em diferentes lugares a fim de poder compará-los para compreender suas diferenças, nos moldes das pesquisas antropológicas (KANT DE LIMA, 2009). Assim, pude me interrogar a partir de vários campos que são similares e, ao mesmo tempo, distintos.

As observações foram realizadas a partir de duas perspectivas diferentes: eu me sentei nos bancos que são reservados aos jurisdicionados, onde pude observar melhor as interações entre os jurisdicionados e os advogados, e também ao lado do juiz, onde pude considerar as interações entre ele e os jurisdicionados. As duas perspectivas chamaram minha atenção para dois fenômenos diferentes que descrevi progressivamente.

Refletindo sobre meu trabalho, profundamente descritivo, me confrontei com os trabalhos etnográficos graças à necessidade de compreender as descrições que fazia. A abordagem que mais me interessou foi a etnometodologia, pois se trata de “uma pesquisa empírica de métodos que os indivíduos utilizam para dar sentido e ao mesmo tempo realizar suas ações de todos os dias: comunicar, tomar decisões, raciocinar” (COULON, 1993, p. 23). Eu pretendo ao mesmo tempo escapar da dicotomia internalista/externalista da análise do direito buscando compreender como juristas e leigos dão sentido ao direito no curso de suas interações. Além disso, busco compreender melhor as interações assimétricas entre juristas e leigos, e o porquê de os juristas possuírem a *expertise* sobre o direito e serem investidos de prerrogativas. Considero assimétricas aquelas interações nas quais tais prerrogativas e obrigações na interação não são as mesmas, tal como descreve Goffman (1982).

Não pretendo realizar uma interpretação do direito e de seu sentido em si, ao modo dos juristas. Contudo, não pretendo também ignorar que os juristas dão sentido às suas próprias atividades e ao direito. O objetivo é elaborar uma reflexão a partir de um material contextualizado sobre a seguinte questão: como as relações com os leigos permitem compreender o trabalho dos juristas no curso de uma audiência?

## 2 A AUDIÊNCIA EM AÇÃO

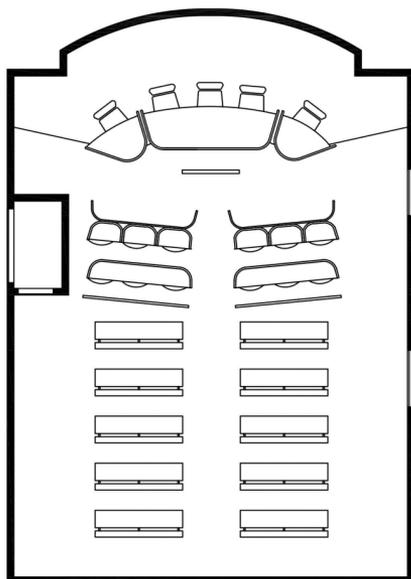
O trabalho em audiência é uma parte específica do trabalho dos juristas; na audiência, podem encontrar outros práticos do direito e os jurisdicionados que não conhecem o direito, ou o conhecem apenas vagamente. Esse momento é particular, pois serve para realizar uma tarefa específica do procedimento de instrução do processo e de julgamento. Essas atividades respeitam regras jurídicas precisas, mas a aplicação é dinâmica e engendra um exercício intelectual mais complicado do que aparenta. Segundo a expressão de um autor (GEERTZ, 1973, p. 3), proponho realizar uma *descrição densa* desse lugar da pesquisa e dos encontros de práticos do direito com os jurisdicionados.

As audiências da jurisdição de proximidade em regra são públicas, o que permite observá-las ao lado dos jurisdicionados e dos advogados. Elas podem durar de 30 minutos a 4 horas, segundo a quantidade de processos que são arrolados para audiência e a sua natureza, pois existem as audiências para julgar os processos cíveis e aquelas para julgar os processos criminais. Usualmente, as audiências brasileiras se destinam a um único processo, enquanto vários processos são instruídos e julgados nas audiências do judiciário francês.

Os elementos de uma sala de audiência são sempre os mesmos, o que não quer dizer que eles sejam iguais, pois variam em relação aos recursos do tribunal. Há a mesa onde se sentam o juiz, o escrevente, o representante do Ministério Público e, nas audiências criminais, o Oficial de Justiça. Na frente, há a barra, supostamente até

onde as pessoas podem ir. Há uma parte reservada aos advogados, e outra para o público. A seguir, o croqui da sala de audiência do Fórum de Montpellier:

FIGURA 1 – SALA DE AUDIÊNCIA DO FÓRUM DE MONTPELLIER



Além disso, há os advogados e os jurisdicionados. Para todas as causas em primeiro grau, no qual a jurisdição de proximidade faz parte, a assistência de advogados não é obrigatória. Apesar disso, há uma grande presença de advogados durante as audiências. Estes permanecem sempre próximos à barra e à mesa do juiz no espaço que lhes é reservado na geografia da sala. Finalmente, há os jurisdicionados, sempre numerosos nessas audiências. Eles vêm com ou sem advogado; sozinhos ou acompanhados por alguém conhecido. Chegam todos juntos na mesma hora inscrita nas citações que eles trazem consigo. A audiência começa em princípio com todos os interessados; isso estrutura institucionalmente a publicidade das audiências judiciárias. Não há a necessidade de pedir a autorização ao juiz ou aos funcionários para assisti-las. As observações me permitiram constatar que a maioria não compreende muito o que está para acontecer nos instantes que se seguirão. O exercício inicial é esperar. Enquanto todos esperam, observam o desenrolar do rito.

O ritual é chamado de *procedimento de instrução* pelos membros. O trabalho consiste *a priori* em recolher os documentos que fundamentam a sustentação oral das partes

para que o juiz que preside a audiência possa ter elementos para julgar. Todavia, o *procedimento* é diferente segundo a natureza da audiência. Em matéria cível, a audiência possui duas etapas: a primeira é a *chamada de causas* (“*l’appel des causes*”), na qual as partes são chamadas a se apresentar para informar se o processo está em condições de ser sustentado, ou seja, se as partes comunicaram as petições e as provas antes da audiência para que se respeite o princípio do contraditório. Assim, o processo pode: ir para julgamento; ter um acordo homologado pelo juiz; ser julgado em audiência, quando se trata de decisões que põem fim ao processo sem julgamento do mérito; ser adiado para que seja apresentado em outra audiência a fim de que as partes regularizem a troca de documentos; ou ser mantido na pauta para instrução. Quando todos são chamados, inicia-se a segunda etapa, a *sustentação oral* (“*les plaidoiries*”). O juiz que preside a audiência passa a palavra ao autor da ação para que ele realize o pedido ou, simplesmente, para que entregue sua petição por escrito. Em seguida, passa a palavra ao réu para que ele apresente sua defesa oralmente ou por escrito.

O escrevente é o *garante do procedimento*; na prática, isso significa que ele segue o *rol da audiência* para certificar os atos e atestar se as pessoas estão presentes ou ausentes. Todo o necessário para preparar um processo é igualmente realizado pelos escreventes. Os julgamentos podem ser realizados logo após a sustentação ou em outro momento, ou seja, o processo será analisado pelo juiz que proferirá o seu julgamento posteriormente. Esse é um aspecto interessante do judiciário francês, pois o juiz deve se preocupar sobretudo com as questões de fundo do processo, compartilhando a responsabilidade pelo andamento do processo com os funcionários. As sentenças judiciais contêm assim as assinaturas do juiz e do *greffier-en-chef*, o chefe da secretaria.

Em matéria criminal, o *procedimento* não é o mesmo. Os processos são chamados pelo Oficial de Justiça, que os transmite ao juiz; o réu e as vítimas que podem realizar o pedido de reparação nos autos devem se apresentar em audiência. Nessa ocasião, é feita uma análise da regularidade da citação. Em caso de sua nulidade, o juiz pergunta ao réu se ele aceita ser julgado assim mesmo, já que compareceu espontaneamente. Caso contrário, é necessária outra citação para regularização do processo. Em seguida, o juiz pergunta se o réu reconhece os fatos pelos quais é julgado depois de ler o boletim de ocorrência da polícia que se encontra no processo. Se ele os reconhece, o presidente em seguida passa a palavra ao representante do Ministério Público. Do contrário, o réu expõe sua versão dos fatos (ou seu advogado). Após a palavra é dada à vítima (ou ao seu advogado) para expor seu pedido de indenização, cuja legitimidade, assim como o fundo (ou seja, o montante da indenização), o juiz apreciará. Em seguida, é a vez do representante do Ministério Público, que expõe suas motivações para fazer os seus pedidos. A palavra volta ao réu para a réplica às requisições do representante do Ministério Público e da vítima. A conclusão é o julgamento. Os juízes têm diferentes métodos para julgar. Os julgamentos podem ser dados logo após as sustentações orais, ou, se não, o juiz pode deixar para julgar ao fim da audiência,

depois de suspendê-la para julgar em segredo. Além disso, ele ainda pode deixar para julgar mais tarde e entregar o julgamento outro dia. Ou, enfim, adotar todos esses métodos durante uma audiência. O papel do escrevente não é o mesmo, porque ele deve tomar notas de audiência.

A rotina de trabalho é construída pela repetição desses atos a cada vez que um processo é chamado. Essa rotina pode ser entendida de maneira abstrata, enquanto ritual ideal típico. Desse ponto de vista, todas as audiências são iguais. Contudo, considero-as uma rotina de trabalho, na qual os membros desenvolvem tarefas diversas. Esse é um momento dinâmico, onde várias pessoas, que não são sempre as mesmas, interagem, o que permite afirmar que, apesar do mesmo rito, as audiências são sempre diferentes.

A participação dos jurisdicionados é talvez o que torna esses momentos interessantes de observar. A interação dos advogados e dos juizes com os jurisdicionados transforma essa rotina de trabalho, pois ela não é previamente conhecida por todos. As incompreensões e os mal-entendidos aparecem, porque a linguagem do direito não é dominada pelos jurisdicionados. O trabalho é realizado com todos esses membros, apesar de todos esses problemas.

A finalidade deste trabalho é compreender como essa interação ocorre. A presença de pessoas que não conhecem nem o procedimento e nem o direito não as impede de interagir e de se compreenderem reciprocamente. Este trabalho utiliza as ferramentas teóricas da etnometodologia (GARFINKEL, 1967) a fim de explicar como a interação assimétrica é possível. Dois conceitos serão utilizados para formular as hipóteses: *membros* e *accounts*. Cada um serve para compreender as interações em contextos precisos. Por *membros*, considera-se as pessoas que compartilham a mesma compreensão e possuem uma mesma compreensão do senso comum de um determinado contexto (GARFINKEL, 1967, p. 40); *accounts* são fatos sociais “descritíveis, inteligíveis, reportáveis e analisáveis” (COULON, 1993, p. 39). Os *membros* se identificam como tais em um contexto quando compartilham os mesmos *accounts*; em outras palavras, são pessoas que podem se compreender reciprocamente sem que a interação seja rompida para fornecer explicações sobre o sentido que as coisas, pessoas e situações têm para eles.

Pretendo mostrar como se pode compreender as interações a partir dessas ferramentas teóricas. O exercício não é fácil, porque será preciso descrever as cenas e os instantes de audiências para compreender como o trabalho da audiência é conduzido. É a partir da descrição minuciosa da interação dos membros que mostrarei em que medida ela é dinâmica.

Essa abordagem é apenas uma maneira de compreender esses fenômenos. Trata-se de um programa metodológico para compreender a interação e os fatos comuns da vida cotidiana. O interesse é utilizar esses instrumentos para realizar uma reflexão microsociológica sobre as interações de *experts* em direito com os jurisdicionados que não dominam a técnica jurídica.

As observações foram realizadas em salas de audiências graças à publicidade dos debates e do seu tamanho, que comporta um grande público. As audiências dos juízes de proximidade são menos frequentes que as audiências dos magistrados profissionais, o que me obrigou a adotar uma estratégia de uma pesquisa *multissituada* em vários tribunais de primeiro grau das jurisdições da Corte de Apelação de Montpellier e de Nîmes. Por uma questão ética da pesquisa empírica, não farei nenhuma referência ao fórum, nem a dados que possam identificar as pessoas envolvidas. O objetivo não é descobrir o sentido oculto das coisas, ao contrário: é mostrar o sentido dado pelas próprias pessoas às situações em contextos específicos. Como Garfinkel diz mais claramente, é necessário “prestar às atividades mais comuns do cotidiano a atenção usualmente dada aos eventos extraordinários, buscar apreendê-las como fenômenos dignos de atenção por si só” (GARFINKEL, 1967, p. 1).

É importante lembrar que os fenômenos observados são generalizáveis para todos os juízes de proximidade em toda a França. A atenção é prestada aos fenômenos, que são repetíveis enquanto atividades rotineiras do trabalho cotidiano em um fórum. O interesse é fazer uma análise das estratégias desenvolvidas pelas pessoas para interagir nesse contexto.

As cenas foram escolhidas para mostrar os fenômenos que apenas são perceptíveis depois de muito tempo de observação. A exposição dos dados busca demonstrar os fenômenos analisados, devido à impossibilidade de descrever tudo. Nos quadros a seguir, cada descrição será seguida dos diálogos, que serão explicados. Após várias horas de observação, eu mesmo adquiri a qualidade de membro competente, o que quer dizer que eu era capaz de compreender o sentido das ações entre uns e outros. A segunda coluna é o resultado de um trabalho de intérprete que eu realizei enquanto membro competente, ou seja, dou instruções a fim que uma pessoa ausente possa compreender o sentido daquilo que os membros estavam fazendo.

Estava em uma audiência cível que havia começado às 14 horas, e o juiz chamava os processos. Às 14h57, um senhor de meia idade se aproxima da barra: ele sabia que deveria fazê-lo, pois todos que foram chamados o fizeram; quando o seu nome foi chamado, não hesitou em ir até lá. Como a maioria dos jurisdicionados, ele tinha papéis à mão. Ele era o autor, e a parte contrária estava ausente:

**Juiz de proximidade:** — *O Senhor quer sustentar o pedido ou apenas deixar os documentos?*

Eu quero saber se os debates serão abertos para o exercício do contra-

ditório. O processo nesse caso será retido para que o senhor possa sustentar o seu pedido, ou seja, explicar os fatos e as razões jurídicas que justifiquem o seu interesse de

reclamar em Justiça e os fundamentos jurídicos do seu pedido.

Mas eu gostaria de saber também se o senhor quer renunciar ao seu direito de sustentar para juntar ao processo os documentos que justifiquem o seu interesse e sua causa a fim que o processo seja julgado. Pois eu creio que o senhor tenha em mãos vários documentos que eu suponho que são relacionados ao processo.

— *Eu me explico:  
o Senhor quer me dar  
explicações ou apenas saber  
a data do julgamento?*

Como eu percebo que o senhor aparentemente não entendeu minha

pergunta e vejo que estes papéis talvez não sejam pertinentes, gostaria de saber se o senhor quer abrir os debates para sustentar seu pedido.

Caso contrário, quero saber se o senhor quer apenas saber o dia em que o julgamento será dado, renunciando assim o seu direito de sustentar o pedido. Nesse caso, o processo será decidido em uma outra data, e o julgamento será enviado para o senhor.

**Jurisdicionado:** — *Eu quero falar!*

Após a explicação sintética, que tornou as opções mais claras, eu

decidi *falar*, ou seja, eu quero dar explicações que me parecem pertinentes.

### Juiz de

**proximidade:** — *Então espere um pouco.*

Já que o senhor decidiu sustentar seu pedido, eu irei chamar o proces-

so na segunda fase da audiência para ouvir suas explicações. Eu peço ao senhor o favor de permanecer na sala e esperar ao final desta fase para que eu possa ouvi-lo exercendo seu direito.

Aquele senhor entendeu bem, pois voltou para se sentar e esperar sua vez de ser chamando novamente. Essa interação durou mais ou menos quatro minutos. A pilha de processos anunciava a duração da audiência, que terminou às 17 horas. Essa pequena cena do cotidiano dos fóruns nos mostra como os *accounts* se constroem, pois a possibilidade de ver o que acontece com os outros permite aos jurisdicionados construir um conhecimento contextual a partir da observação. O reflexo do senhor que foi até a barra quando foi chamado e depois a deixou mostram movimentos de rotina durante uma audiência. Certamente, a linguagem comum e a técnica se misturam. Fazendo

isso, o juiz utiliza atalhos para explicar o procedimento ao qual as pessoas começam a se familiarizar. O jurisdicionado sabe que quando for chamado novamente suas explicações serão pedidas. O tempo de espera lhe permitirá continuar a observar as interações e aprender o que poderá fazer.

Durante esse tempo de espera, as interações também ocorreram entre as outras pessoas que estão na sala. Os advogados têm o hábito de conversar entre eles e com os jurisdicionados. Nesse momento, pude identificar alguns indícios que mostram como a audiência é dinâmica. Os jurisdicionados, que não dominam a situação, fazem esforços objetivos para aprenderem a se comportar, ainda que esse conhecimento não seja transmitido de uma maneira sistemática e pedagógica.

Assistia a uma audiência civil quando pude observar um senhor mais velho ao meu lado com uma pasta preta cheia de papéis e um livro grosso azul com o título em branco. Às vezes, ele o folheava para ler, mas o fazia rapidamente sem seguir uma ordem precisa, porque o folheava indo do início diretamente ao fim. Eu entendi que se tratava de um livro para ajudá-lo a entender os seus direitos. O título era *Proprietários e locatários: quem paga o quê?*, com o subtítulo *Perguntas e respostas*. Ele lia a seção de perguntas e respostas e depois lia a seção de modelos de petição, nos quais bastava preencher as coordenadas do autor e do réu, pois as motivações jurídicas já estavam todas indicadas.

Em outra audiência cível, ouvi uma conversa entre dois jurisdicionados atrás de mim. A audiência já tinha começado. Um processo foi chamado, e em seguida um advogado se apresentou pelo seu cliente que não estava presente. A parte adversária – um jurisdicionado – se aproximou da barra. O advogado informou que ele não recebeu os *documentos*, pois estes foram enviados ao seu cliente, e não a ele. O jurisdicionado queria *explicar uma coisa*, o que o juiz não autorizou, porque não se estava ainda na segunda fase da audiência (a sustentação oral). Essa justificativa ainda não havia sido enunciada durante a audiência, uma vez que ela começou às 9h e ainda eram 9h30; assim, as pessoas puderam compreender como era o rito. O juiz decidiu marcar outra data de audiência para o processo, pois o procedimento precisava ser regularizado. Ele explicou ao jurisdicionado que quando alguém contrata um advogado, os documentos devem ser encaminhados para o mesmo. O jurisdicionado, que não fora autorizado a falar, ainda insistiu nervoso e trêmulo quando dirigiu a palavra ao juiz. Durante esse episódio, dois jurisdicionados – um homem e uma mulher – comentavam o que viram:

**Mulher:** — *Era preciso enviar os documentos?!*

Ao observar o episódio que acabou de acontecer, eu entendi que os documentos que pretendo mostrar ao juiz deveriam ter sido enviados ao meu

adversário o que não acontece porque o juiz quer, mas porque faz parte das regras do procedimento.

Eu estou surpresa.

É realmente isso que eu entendi?

**Homem:** — *Sim, era.*

Sim [respondeu sorrindo], pois do que eu conheço dos tribunais, é

exatamente assim que eles fazem.

**Mulher:** — *Eu não sabia.*

Depois de assistir a audiência confesso que não conhecia o proce-

dimento jurídico. Sobretudo porque sinto que eu não estou preparada, pois não enviei os documentos para a parte adversária.

A possibilidade de assistir a audiência permite às pessoas construir um conhecimento pragmático do contexto; eles se tornam membros, pois estabelecem meios comuns para se compreender reciprocamente. Os jurisdicionados utilizam o que aprendem pela observação para interagir com o juiz.

Eu me dei conta dessas práticas quando estava assistindo a uma audiência ao lado do juiz. Nos estávamos na fase das *sustentações* – a segunda fase da audiência –, os processos em que advogados são chamados inicialmente. É comum chamar o juiz de *Senhor Presidente*, embora seja preciso saber que o juiz, além de julgar, preside as audiências, o que explica a grande maioria das pessoas referirem-se a ele como *Senhor Juiz*. Nesse dia, vários advogados tinham sido ouvidos, e em seguida os outros processos foram chamados. Depois de ser chamada, uma senhora se aproximou sem saber muito que fazer, dirigindo-se ao juiz chamando-o de *Senhor Presidente*. Eu me surpreendi, pois pude observar que apenas poucos o faziam. A forma de tratamento foi sem dúvida uma coisa que tanto ela quanto eu aprendemos durante a audiência.

Além desses conhecimentos, que parecem triviais, os jurisdicionados tentam compreender como o juiz decidirá. As audiências criminais são melhores para observar isso, pois o julgamento é muitas vezes dado logo após a sustentação oral de ambas as partes. Eu estava ao lado do juiz nesse dia, e a audiência tinha começado às 14h. Havia muitos processos de excesso de velocidade nos quais os réus tinham sido fotografados por um instrumento de medição da velocidade nas estradas. As constatações das infrações foram enviadas ao representante do Ministério Público para a requisição das multas, que o réu pode pagar ou contestar em juízo; a constatação é uma prova realizada pelo Estado e difícil de se contestar, pois são os técnicos da polícia

que se encarregam das questões sobre a máquina. Ela é praticamente irrefutável: as nulidades de forma são raras e a regularidade da instalação da máquina é sempre atestada por um laudo técnico. O representante do Ministério Público explicava suas razões aos jurisdicionados antes de fazer suas requisições. Outro caso foi chamado, e uma jovem se aproximou. Após a leitura do processo, o juiz disse:

**Juiz de proximidade:** — *Cabe a você trazer a prova.*

Eu digo que para contestar os fatos que são imputados a você por uma requisição fundada em provas válidas demonstradas pelo representante do Ministério Público, é preciso nos mostrar elementos juridicamente válidos que sejam impeditivos, modificativos ou extintivos do exercício do direito de sancionar do Estado.

**Jurisdicionado:** — *Sim, eu sei. Eu ouvi há pouco, mas como eu posso fazer?*

Sim, eu entendi, pois estava na sala quando o senhor exigiu a produção de provas de uma outra pessoa para que pudesse ter uma decisão favorável, apesar de não conhecer muito bem o direito e os meios de produzir tais provas para demonstrar que eu tenho razão em pedir um julgamento favorável.

O representante do Ministério Público explicou que era preciso uma prova contraditória capaz de demonstrar que a constatação feita pela máquina estava errada. Em seguida, requereu uma multa de 68 euros contra a ré.

**Juiz de proximidade:** — *Ou eu confirmo, ou eu absolvo. Eu não tenho margem de manobra.*

Depois de ouvir as requisições do representante do Ministério Público, eu indico que sou obrigado a julgar de acordo com o texto da lei que somente me autoriza a julgar diferentemente das requisições do Ministério Público se você me trouxer provas que demonstrem o contrário.

Por esta razão, eu sou obrigado a confirmar as requisições te condenando, ou a te absolver declarando sua inocência. A lei não me permite fazer outra coisa.

**Jurisdicionado:** — *É uma pena para o cidadão.*

Eu compreendo as razões pelas quais eu não tenho um julgamento

favorável [respondeu sorrindo].

Eu considero, porém, que isso não é benéfico para as pessoas que, como eu, não possuem nenhum meio de controle sobre o sistema de produção de provas do Estado. Pois para compreendê-lo é preciso ter um conhecimento que alguém como eu não possui.

Enfim, o juiz confirmou a requisição do Ministério Público; o fato de ter observado outro caso permitiu à jovem compreender que não tinha argumentos suficientes para sustentar o seu pedido. A linguagem muda para que as regras de direito sejam compreensíveis pelas pessoas, que conseguem se entender graças a um esforço recíproco de explicar os termos técnicos em uma linguagem comum. Do outro lado da barra, o jurisdicionado se esforça igualmente para entender as regras de funcionamento que se impõem às pessoas a fim de assimilar o que pode acontecer durante a interação.

O sentido oscila entre os usos técnico e comum da linguagem. É interessante perceber como as explicações são breves. Elas são atalhos criados no contexto para facilitar a interação. O que é do vernáculo permite às pessoas associarem o sentido compartilhado no contexto para tornar a interação compreensível. O sentido é estabelecido no curso das interações entre as pessoas, e o direito adquire um sentido voltado para o contexto. Desse modo, o sentido aparece como descobertas para as pessoas que o ree laboram em relação às finalidades do contexto em que estão (LIBERMAN, 1999). O que é técnico permanece técnico, mas as situações servem de exemplos observáveis pelas pessoas, que assim podem compreender o que acontece. A formação dos *accounts* é o resultado desse exercício interativo de se remeter às experiências compartilhadas. Assim, o estatuto de membro adquire seu sentido, pois as pessoas se tornam membros na medida em que compreendem o que acontece na sala de audiência; o sentido contextual explícito na interação é acessível a todos.

Um outro exemplo de construção em um sentido moral, para se opor o que é próprio da técnica jurídica. Eu estava em uma audiência criminal que tinha começado às 9h30. Eram 10h05. Havia umas vinte pessoas na sala. O oficial de justiça chamou um dos casos arrolados: havia o réu, um jovem forte e a vítima, que era uma mulher magra e, aparentemente, fraca. Tratava-se de um caso de violência leve. Ele havia dado um tapa na mulher. O juiz leu o boletim de ocorrência, e em seguida algumas explicações foram dadas pelo réu. O juiz o interrompeu: “*Não se bate em mulher. É preciso saber que não se bate em mulher*”. Quando a segunda parte da frase foi dita, as pessoas presentes sacudiam as cabeças, mostrando sua concordância com a afirmação do juiz. A frase foi sonora. Parecia que todos na sala estavam de acordo. Os fatos estavam

constituídos. O juiz confirmou as requisições do representante do Ministério Público e deferiu o pedido de indenização por danos morais à vítima. Anunciando o julgamento, ele repetiu as frases que eram a justificativa e a decisão ao mesmo tempo. Nesse caso, os princípios morais serviram de ponte para compreender a justificativa jurídica. A análise dos elementos da personalidade para julgar o réu sempre é importante em um processo criminal. O fato de o juiz ter lido o atestado médico em público e de ser evidente para todos na sala que o réu era muito mais forte permitiu que o magistrado expusesse essa frase, que resumia o conteúdo da sua decisão e o acordo dos jurisdicionados que lá estavam.

A regra jurídica anunciada em uma linguagem comum traz com ela um sentido moral. Como disse o juiz de proximidade:

**Juiz de proximidade:** — *Não se bate em mulher.* Considerando que a lei nos proíbe de agredir quem quer que seja e que neste caso não há nenhuma justificativa para a exclusão da culpabilidade penal;

Visto que os elementos constantes no processo demonstram que você realmente cometeu os atos que lhe são imputados e que você é muito mais forte que a vítima que aparentemente não possui meios de defesa;

Então, você não tinha o direito de agredi-la.

— *É preciso saber que não se bate em mulher.* Depois de expor esse raciocínio que me parece convincente para todos os outros na sala, eu afirmo que você não tinha o direito de agredir esta pessoa.

Durante as diferentes etapas da audiência, as interações em ação permitem que as pessoas compreendam os diálogos entre os profissionais e os leigos; em momento algum elas se interrompem por causa dos mal-entendidos. Isso é uma parte do trabalho da audiência, e através da observação atenta às interações, eu pude constatar dois fenômenos: a aprendizagem dos jurisdicionados e o uso da linguagem comum pelos profissionais para explicar as regras jurídicas.

### 3 O SENTIDO DAS INTERAÇÕES NA AUDIÊNCIA

Após expor os dados empíricos da pesquisa de campo, cujo objetivo era mostrar as

interações entre as pessoas, o interesse agora é o resultado prático dessas interações. O conceito de membro, como explica Garfinkel e Sacks, significa:

A noção de “membro” é o cerne da questão. Não empregamos o termo “membro” com referência a uma pessoa. Refere-se, sim, ao domínio da linguagem natural, o qual entendemos da seguinte maneira. Observamos que pessoas, na medida em que estão falando uma linguagem natural, *de alguma forma* estão envolvidas na produção objetiva e exposição objetiva de conhecimento de senso comum de atividades cotidianas como fenômenos observáveis e relatáveis. Perguntamos: o que faz com que a linguagem natural permita aos falantes e ouvintes ouvirem, e de outra forma, testemunharem a produção e exibição objetivas de conhecimento de senso comum, e de circunstâncias práticas, ações práticas, bem como de raciocínio sociológico prático? O que faz com que a linguagem natural torne esses fenômenos observáveis-relatáveis, ou seja, fenômenos *relatáveis*?<sup>2</sup> Para falantes e ouvintes, as práticas da linguagem natural de alguma forma exibem esses fenômenos nas particularidades da fala, e *que* esses fenômenos são exibidos é por si só, e, por isso, exibível em descrições adicionais, comentários, perguntas e outras formas de narrar. (GARFINKEL; SACKS, 2012, p. 227)

Como compreender que o resultado de uma interação é o compartilhamento de um sentido comum? Para responder a essa questão, desenvolverei dois conceitos concernentes aos diferentes fenômenos. Começarei pelo o que eu chamo de aprendizagem, que na realidade é a construção de uma forma de conhecimento. Em seguida, demonstrarei a relação com os esforços de interpretação das regras técnicas como regras morais, o que na realidade é o uso da linguagem comum para facilitar a compreensão das questões práticas envolvendo o trabalho dos profissionais.

A interação em uma sala de audiência entre profissionais e leigos é assimétrica (DREW; HERITAGE, 1993), o que é inevitável quando um jurisdicionado se apresenta só, sem nenhum advogado para representá-lo. Essa interação certamente não faz parte de seu cotidiano, nem de sua rotina. Além disso, o procedimento de citação a uma audiência obriga que os interessados sejam citados pelos menos 10 dias antes da audiência; isso quer dizer que as pessoas têm um certo tempo para se preparar. Tal preparação exige um esforço de compreensão do que pode acontecer, e esse esforço não acaba com a chegada na audiência. Os pequenos indícios da vida cotidiana que eu pude observar – como as pessoas que levam livros explicando sobre os direitos e, ainda, as manifestações verbais daquelas que afirmam ter ouvido os debates para compreender melhor o rito, por exemplo – me permitem refletir sobre o esforço cognitivo feito pelos jurisdicionados.

A audiência é assim uma cerimônia onde certas regras são previamente estabelecidas. Assim que os leigos começam a interagir nesse contexto, acontece o processo cognitivo de construção de uma compreensão que os permitem se familiarizar com essa situação para todas as finalidades práticas. Segundo Garfinkel, os elementos do contexto passam a funcionar como “questões levadas em consideração para todos os fins práticos”<sup>3</sup> (GARFINKEL, 1967, p. 34). Isso significa que os jurisdicionados começam a se esforçar antes e continuam a fazer esse esforço durante o momento da interação, a fim de poder compreender as consequências práticas que lhes interessam.

Na audiência, a familiarização cognitiva se objetiva através das estratégias utilizadas pelas pessoas com a finalidade de compartilhar o sentido das ações com os *experts*. A qualidade de membro é adquirida no momento em que o jurisdicionado pode compreender o que acontece; os mal-entendidos tornam objetiva essa vontade de se entender com os *experts*. As explicações dadas por eles visam a satisfazer essa necessidade manifestada nas interações para atender, de um lado, a necessidade do jurisdicionado de saber o que acontece, pois seus interesses estão em jogo; e, de outro, os profissionais, pois eles necessitam saber o que os jurisdicionados querem para poder realizar o trabalho.

No entanto, as explicações não são a única maneira de ter acesso a um conhecimento tácito dos profissionais. As observações dos eventos e das situações na audiência são igualmente importantes como fontes de aprendizado do rito e do saber técnico jurídico. Essa atividade cognitiva é um trabalho de interpretação (GARFINKEL, 1967, p. 25) da situação na medida em que os significados são comunicados por meio da linguagem comum. Os meios utilizados pelos jurisdicionados servem para estabelecer os pontos comuns da cognição para lhes permitir compreender reciprocamente o que acontece na interação.

Dessa forma, os acordos sobre os sentidos são sempre contextuais, precários e servem para finalidades determinadas. Retomando as interações, os pedidos implícitos de explicação refletem esse processo de construção desses acordos que visam a sustentar a interação para que eles possam se compreender reciprocamente. Assim, pouco a pouco, a audiência ganha sentido para o jurisdicionado graças ao seu esforço para compreendê-la; esses passam à qualidade de membros, pois as conversas se valem dos mesmos *accounts*, isto é, das mesmas bases cognitivas para que a finalidade prática da interação seja alcançada. A remissão às situações vividas durante a audiência provê exemplos práticos da finalidade da interação para as pessoas.

No quadro deste trabalho, chamo de moral aquilo que se opõe ao direito técnico a fim de retomar a antiga distinção usada pelos juristas, ou seja, o que pertence à técnica do direito contra o senso comum moral.

Os profissionais do direito interpretam esse senso moral para explicarem-se de maneira a se fazer entender pelos jurisdicionados, e fazem-no igualmente com as respostas dos jurisdicionados, expressas em uma linguagem comum. O exercício cognitivo

é duplo, pois é preciso que as questões e as respostas sejam compreensíveis por todos. No exemplo em que o juiz explica sua própria pergunta, ele procura esclarecer as opções do jurisdicionado mostrando os resultados práticos, uma vez que *saber a data do julgamento* ou *dar explicações* não são ações previstas no texto da lei. Descritas dessa forma, essas opções não são jurídicas. Mas o juiz se vale disso para se tornar compreensível através da linguagem comum, utilizando expressões indexicais que familiares ao senso comum.

A explicação da decisão no último caso mostra a mesma lógica. No momento em que o juiz anuncia sua decisão, nenhuma regra de direito protege mais as mulheres em casos que provoquem mais de oito dias de interdição para o trabalho; essa é, porém, a fórmula que o juiz anuncia para aplicar o direito penal. Utilizando a cena observada por todos, isto é, um homem mais forte contra uma mulher mais fraca diante da barra, o juiz demonstra como esse cenário é relevante e também um meio para explicar sua decisão. Isso é utilizado como um *account* no seu trabalho de interpretação, que assim transforma a regra jurídica em regra moral. O que é importante é que o trabalho de interpretação utiliza o contexto como fonte de demonstração de suas explicações, pois ele é sempre dinâmico.

Em todos os casos, a utilização de uma linguagem familiar aos jurisdicionados é imprescindível, pois se constata que a interação utiliza uma linguagem comum, personalizando as opções como se o direito fosse um problema de regras individuais criadas pragmaticamente segundo o caso que está sendo discutido. A utilização de princípios morais individualizados como atalho é feita graças aos *accounts* que pertencem a um saber comum. Não é necessário ensinar ao jurisdicionado como funciona a instituição judiciária, porque as explicações não se fazem sobre as mesmas bases cognitivas. O consenso é provisório e precário, a fim de realizar uma finalidade prática.

A interpretação do direito para essa finalidade não possui o mesmo sentido que os juristas utilizam para elaborar uma compreensão aprofundada sobre o sentido do direito, ao contrário; ela está relacionada ao que os juristas práticos do direito chamam de *senso prático*. Na realidade, essa competência pragmática serve para realizar um trabalho que une o saber técnico jurídico do magistrado com a capacidade de explicar seu trabalho de uma maneira comum. Além disso, esse trabalho interpretativo é realizado para explicar aos jurisdicionados as opções juridicamente possíveis e, em troca, compreender as respostas que lhe são dadas. O sentido prático é permitir ao jurisdicionado se tornar um membro, utilizando expressões que funcionam como *accounts* a fim de desenvolver o trabalho da audiência.

A descrição dessas duas atividades cognitivas permite o diálogo entre juristas e leigos sobre as mesmas bases em uma audiência judiciária. A aprendizagem e o uso dos princípios morais são na realidade atividades reflexivas engendradas pela interação, porque uma atividade depende da outra para se realizar.

Por reflexividade, Coulon entende:

as práticas que, ao mesmo tempo, descrevem e constituem um quadro social. É a propriedade das atividades que pressupõem ao mesmo tempo que *elas produzem a mesma coisa*. No transcorrer de nossas atividades comuns, nós não prestamos atenção ao fato que, ao falar, *nós construímos e tornamos observáveis ao mesmo tempo, pouco a pouco com nossos enunciados, o sentido, a ordem, a racionalidade do que nós estamos fazendo neste momento*. As descrições do social transformam-se, assim que são ditas, em partes constitutivas do que elas descrevem. (COULON, 1993, p. 37) (grifos meus)

Durante as interações, as duas atividades cognitivas acontecem para permitir a realização do trabalho da audiência que é a instrução do processo. A fim de não escapar desse escopo, os membros criam maneiras de se compreenderem reciprocamente, apesar da assimetria da interação. Eles são então reflexivos, na medida em que um esforço engaja o outro.

Ao contrário do que se poderia esperar, as diferenças institucionais dos membros não são um obstáculo à interação. Eles poderiam se utilizar delas para evitar as interações, mas as observações constataram que a maior parte os juízes explica o direito para que se façam compreender e para saber o que os jurisdicionados querem. O poder de presidir e julgar é raramente utilizado para evitar as explicações aos jurisdicionados.

Os *accounts* favorecem a atualização dos sentidos que as pessoas dão às expressões; os dois lados realizam um *reajuste analógico das experiências vividas*, ou seja, o trabalho interpretativo é feito de formas diferentes pelos juristas e pelos leigos. Esse é um *reajuste das experiências vividas* porque os membros utilizam os *accounts* para estabelecer as bases comuns do diálogo utilizando o conhecimento orientado pelo contexto. As pessoas compartilham o sentido contextual das regras jurídicas “ajustando e aumentando seu estoque de experiências” (SCHUTZ, 1962, p. 105). Finalmente, esse reajuste é *analógico* pois cada um pode desenvolver sua própria maneira de realizar o trabalho interpretativo, criando ferramentas cognitivas que lhes permitem melhor compreender a situação.

A reflexividade é, assim, o que constitui o quadro social da audiência, pois os membros realizam atividades cognitivas para permitir a interação que, inicialmente, não se realiza sobre as mesmas bases (a linguagem e o conhecimento) – porém, todos fazem um esforço mútuo para se entender.

A interação entre os juristas e os leigos realizadas pelas diferentes atividades cognitivas produz *accounts*. O que aconteceu com um jurisdicionado é o ponto de partida comum para um outro que se segue. Eles então se servem disso para facilitar os diálogos e a compreensão a fim de que o trabalho seja feito. Desse modo, as audiências judiciais são constituídas pelas razões e pelo comportamento do juiz, que é publicamente

observado e levado em consideração pelas pessoas, como explica Lynch (1998, p. 125). Assim, as regras jurídicas não são as únicas orientadoras do trabalho dos juristas, mas sobretudo os constrangimentos contextuais que atualizam o conhecimento abstrato que se tem acerca dessas regras.

A reflexividade explica, pois, como é possível que essas atividades cognitivas se encadeiem a fim de produzir a realização das finalidades práticas. O trabalho da audiência é propício ao estudo dos profissionais do direito, pois nós podemos observar como o domínio de um conhecimento profissional se realiza no desenrolar das atividades práticas durante as interações com os leigos.

## CONCLUSÃO

A cena judiciária é um lugar de pesquisa onde as interações assimétricas podem ser observadas. Isso, porém, não é simples, porque é preciso mostrar como se pode observá-las dentro de um fórum.

A abordagem escolhida é uma alternativa às abordagens sociológicas correntes. A partir de um trabalho etnográfico que permite a descrição densa de um meio que é mal conhecido, pode-se revelar elementos que favorecem a interação e o modo como ela faz parte também do trabalho rotineiro de audiência. O encontro nos permite assim observar os fenômenos que só são verificáveis naquele momento. A forma pública e transparente pela qual se estruturam institucionalmente as audiências judiciais na França permite tanto ao pesquisador quanto ao jurisdicionado aprender o sentido das regras jurídicas no contexto em que elas são aplicadas.

Pude identificar dois fenômenos distintos: a aprendizagem pelo jurisdicionado e a interpretação das regras jurídicas em uma linguagem comum pelos juristas. Eles se tornam objetivos durante a comunicação pois facilitam as trocas que, de um ponto de vista prático, são importantes para todos. A situação que poderia ser complicada, ou até mesmo impeditiva, é na realidade realizada de modo inventivo e criativo. Esses momentos da vida cotidiana nos mostram como as pessoas criam maneiras para tornar tais situações, que poderiam se supor improváveis, possíveis.

As interações desencadeiam uma série de atividades práticas e intelectuais reflexivas, ou seja, um fenômeno só é possível na medida em que o outro acontece. A inventividade é de fato uma característica dessas atividades, pois a maneira na qual cada um realiza seja a aprendizagem, seja a interpretação pode ser inteiramente original. O ajuste analógico das experiências vividas designa essa qualidade imaginativa e inventiva que se observa. O dinamismo de tal encontro não advém do fato de que as pessoas somente reagem, mas de que elas colocam sempre novas questões que necessitam de novas respostas, o que se pode constatar se observarmos atentamente. O trabalho da audiência revela então os elementos cognitivos que mostram como o *direito se fabrica* a partir das relações que os juristas mantêm com os jurisdicionados,

abrindo possibilidades para compreender as formas pelas quais se produz as decisões judiciais.

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 30/07/2012

## NOTAS

\* O autor agradece à Michel Miaille por suas sugestões ao texto e às críticas de seus colegas Fernando Fontainha, Sylvain Barone e Alan Rangel. Uma primeira versão deste artigo foi apresentada no 3º *Congrès de l'Association Française de Sociologie*, onde foi discutido por Laurent Willemez. Uma primeira versão francesa deste artigo foi publicada no volume 13 da revista *Mediterranean Journal of Human Rights* em 2009.

1 No que concerne esse artigo, os dados foram coletados a partir de observações de audiências presididas por juízes de proximidade que têm uma formação jurídica, pois pude realizar entrevistas aprofundadas com a maioria deles (GERALDO, 2011).

2 Os tradutores do texto mantiveram o jogo de palavras do texto original com a palavra "account-able".

3 No original, a expressão utilizada é "accountable-matters-for-all-practical-purposes" (N. do T.).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMANN, W.; BASTARD, B. *Innovation et gestion dans l'institution judiciaire*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- ALIMENA, C. M.; AZEVEDO, R. G. DE. Era uma vez um Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. In: AZEVEDO, R. G. de (ed.). *Relações de Gênero e Sistema Penal*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011.
- AMORIM, M. S. DE; KANT DE LIMA, R.; BAUMANN BURGOS, M. (eds.). *Juizados especiais criminais: Sistema judicial e sociedade no Brasil*. Niterói: Intertexto, 2003.
- ATKINSON, J. M.; DREW, P. *Order in court: the organisation of verbal interaction in judicial settings*. Londres: Humanities Press, 1979.
- BANCAUD, A. *La haute magistrature judiciaire entre politique et sacerdoce ou Le culte des vertus moyennes*. Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993.
- BOIGEOL, A. A formação dos Magistrados: Do aprendizado na prática à escola profissional. *Revista ética e filosofia política*, v. 2, n. 12, 2010.
- BOURDIEU, P. La force du droit. *Actes de la recherche en sciences sociales*, v. 64, n. 1, 1986.
- CAM, P. Juges rouges et droit du travail. *Actes de la recherche en sciences sociales*, v. 19, n. 1, 1978.
- CHRISTIN, A. *Jurys populaires et juges professionnels en France*. Genèses, v. 65, n. 4, 2006.
- COULON, A. *L'Ethnométhodologie*. 4.ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1993.
- DREW, P. Contested Evidence in courtroom cross-examination: The case a trial for rape. In: HERITAGE, J.; DREW, P. (eds.). *Talk at Work: Interaction in Institutional Settings*. New York: Cambridge University Press, 1993.
- DUPRET, B. L'intention en acte. Approche pragmatique de la qualification pénale dans un contexte égyptien. *Droit et société*, v. 48, n. 2, p. 439-465, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Droit et sciences sociales. Droit et société*, v. 75, n. 2, p. 315-335, 2010.

- \_\_\_\_\_. A intenção em ação: Uma abordagem pragmática da qualificação penal num contexto egípcio. *Revista ética e filosofia política*, v. 12, p. 109-140, 2011.
- EILBAUM, L. “Joga pedra na Geni”: da expressão obrigatória dos sentimentos na administração judicial de conflitos no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. In: SENTO SÉ MELLO, K.; REIS MOTA, F.; SINHORETTO, J. (eds.). *Sensibilidade jurídica e sentidos de justiça na contemporaneidade. Interlocução entre a Antropologia e o Direito*. Niterói: EdUFF, 2013.
- FERRAZ DE ALMEIDA, F. Ninguém quer ser jurado: uma etnografia da participação dos jurados no Tribunal do Júri. Dissertação de Mestrado – Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.
- GARAPON, A. *Bien juger – essai sur le rituel judiciaire*. Paris: O. Jacob, 1997.
- \_\_\_\_\_; SALAS, D. *Les nouvelles sorcières de Salem leçons d’Outreau*. Paris: Seuil, 2006.
- GARFINKEL, H. *Studies in Ethnomethodology*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.
- \_\_\_\_\_; SACKS, H. Sobre estruturas formais de ações práticas. *Veredas*. vol. 16, n. 2, p. 220-256, 2012.
- GEERTZ, C. *The interpretation of cultures*. New York: Basic Books, 1973.
- GERALDO, P. H. B. La Proximité au Palais: Une analyse de la socialisation des juges de proximité. Sarrebruck: Éditions Universitaires Européennes, 2011.
- \_\_\_\_\_. A proximidade dos juízes: Uma análise da socialização de juízes não-profissionais. *Revista de Ciências Sociais* (UGF), v. 17, p. 289-319, 2011.
- GOFFMAN, E. *Interaction Ritual – Essays on Face-to-Face Behavior*. New York: Pantheon Books, 1982.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, E. Organisation et accountability des échanges langagiers lors d’auditions judiciaires. *Réseaux*, v. 129-130, n. 1, p. 209, 2005.
- ISRAËL, L. La mise en scène d’une justice quotidienne. *Droit et Société*, n. 42-43, p. 393-419, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Robes noires, années sombres avocats et magistrats en résistance pendant la Seconde Guerre mondiale*. Paris: Fayard, 2005.
- KANT DE LIMA, R. *Ensaio de antropologia e de direito: acesso a justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LATOURETTE, B. *La fabrique du droit une ethnographie du Conseil d’État*. Paris: La Découverte, 2004.
- LIBERMAN, K. The social praxis of communicating meanings. *Text – Interdisciplinary Journal for the Study of Discourse*, v. 19, n. 1, p. 57-72, jan. 1999.
- LYNCH, M. Preliminary Notes on Judges’ work : The Judge as a Constituent of Courtroom “Hearings”. In: TRAVERS, M.; MANZO, J. F. (eds.). *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*. [s.l.] Ashgate Publishing, 1998. p. 99-130.
- MICHEL, H.; WILLEMEZ, L. *La justice au risque des profanes*. Paris: Presses universitaires de France, 2007.
- PÉLICAND, A. *Les juges de proximité : une étude du recrutement*. Paris: Mission de recherche Droit et justice, 2009. Disponível em: <[http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/rapports/189-RF-Pelicand\\_juges\\_proximite.pdf](http://www.gip-recherche-justice.fr/catalogue/PDF/rapports/189-RF-Pelicand_juges_proximite.pdf)>. Acesso em 18 de novembro de 2013.
- SCHRITZMEYER, A. L. P. Etnografia dissonante dos tribunais do júri. *Tempo Social*, v. 19, n. 2, p. 111-129, nov. 2007.
- SCHUTZ, A. *Collected Papers: The Problem of Social Reality*. Photomechanical. Haia: Martinus Nijhoff, 1962, v. I
- SIMONNOT, D. *Justice en France: Une loterie nationale*. Paris: Editions de La Martinière, 2003.
- STARR, J.; GOODALE, M. *Practicing ethnography in law: new dialogues, enduring methods*. New York: Palgrave Macmillan, 2002.
- VAUCHEZ, A. *L’institution judiciaire remotivée le processus d’institutionnalisation d’une “nouvelle justice” en Italie (1980-2000)*. Paris: LGDJ, 2004.
- \_\_\_\_\_. et al. *La justice face à ses réformateurs, 1980-2006 entreprises de modernisation et logiques de résistances*. Paris: Presses Universitaires de France, 2007.
- ZAPPULLI, L. *Magistrati si diventa: Etnografia della formazione professionale*. Milano: Franco Angeli, 2009.

### Pedro Heitor Barros Geraldo

Rua Presidente Pedreira, 62  
 Ingá – 24210-470  
 Niterói – RJ – Brasil  
[pedrogeraldo@id.uff.br](mailto:pedrogeraldo@id.uff.br)

PROFESSOR ADJUNTO DO DEPARTAMENTO DE  
 SEGURANÇA PÚBLICA DA FACULDADE DE DIREITO  
 DA UNIVERSIDADE FEDERAL FLUMINENSE  
 DOUTOR EM CIÊNCIA POLÍTICA PELA UNIVERSITÉ MONTPELLIER 1  
 PESQUISADOR DO INCT-INÉAC (INSTITUTO DE ESTUDOS  
 COMPARADOS EM ADMINISTRAÇÃO INSTITUCIONAL DE CONFLITOS)



## ARENAS DE PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL

João Cauby de Almeida Júnior

PUBLIC POLICY-MAKING ARENAS: A NEW NACIONAL  
POLICY ON MENTAL HEALTH

### RESUMO

A INTERAÇÃO ENTRE OS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO NO PROCESSO DE PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS APRESENTA CONTORNOS DIVERSIFICADOS, QUE VARIAM SEGUNDO AS REGRAS INERENTES AO SISTEMA POLÍTICO, AS ESTRATÉGIAS ADOTADAS POR ESSES ATORES POLÍTICOS E A CAPACIDADE DOS GRUPOS SOCIAIS ORGANIZADOS DE INFLUENCIAR AS DECISÕES POLÍTICAS RELATIVAS A POLÍTICAS PÚBLICAS. NÃO HÁ, PORTANTO, UM PADRÃO ÚNICO DE INTERAÇÃO ENTRE ESSES PODERES NO PROCESSO DECISÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. NO SISTEMA POLÍTICO BRASILEIRO, O EXECUTIVO E O LEGISLATIVO SÃO OS RESPONSÁVEIS DIRETOS PELO ENCARGO ESTATAL DE EDITAR POLÍTICAS PÚBLICAS, DAÍ O OBJETIVO DESTES TRABALHOS DE INVESTIGAR, SOB O ENFOQUE NEOINSTITUCIONALISTA, AS BASES DA INTERAÇÃO ENTRE ESSES PODERES NA PRODUÇÃO DA NOVA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, NO PERÍODO DE 1989 A 2001, SEU PERÍODO DE CONSOLIDAÇÃO NORMATIVA, EM MEIO À CORRELAÇÃO DE FORÇAS QUE SE COSTUMA ESTABELECEER ENTRE ELAS NO PROCESSO DECISÓRIO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

### PALAVRAS-CHAVE

POLÍTICAS PÚBLICAS; SAÚDE MENTAL; INTERAÇÃO EXECUTIVO E LEGISLATIVO.

### ABSTRACT

THE INTERACTION BETWEEN EXECUTIVE AND LEGISLATIVE IN THE PROCESS OF PUBLIC POLICY-MAKING PRESENTS DIVERSIFIED CONTOURS, WITH VARY ACCORDING TO THE RULES INHERENT IN THE POLITICAL SYSTEM, THE STRATEGIES ADOPTED BY THESE POLITICAL ACTORS AND THE ABILITY OF ORGANIZED SOCIAL GROUPS TO INFLUENCE POLITICS DECISIONS RELATED TO PUBLIC POLICIES. THEREFORE THERE IS NO SINGLE PATTERN OF INTERACTION BETWEEN EXECUTIVE AND LEGISLATIVE IN THE PROCESS OF PUBLIC POLICIES PRODUCTION. IN THE BRAZILIAN POLITICAL SYSTEM THE EXECUTIVE AND THE LEGISLATIVE ARE DIRECTLY RESPONSIBLE FOR THE INCUMBENCY OF EDITING PUBLIC POLICY, HENCE THE OBJECTIVE OF THIS RESEARCH TO INVESTIGATE, UNDER THE NEW INSTITUTIONALISM APPROACH, THE BASIS OF THE INTERACTION BETWEEN THESE POWERS IN THE PRODUCTION OF A NEW NATIONAL POLICY IN MENTAL HEALTH BETWEEN 1989 AND 2001, ITS PERIOD OF LEGAL CONSOLIDATION, CONSIDERING THE CORRELATION OF FORCES THAT ARE USUALLY ESTABLISHED BETWEEN THEM IN THE PROCESS OF PUBLIC POLICIES PRODUCTION.

### KEYWORDS

PUBLIC POLICIES; MENTAL HEALTH; INTERACTION EXECUTIVE AND LEGISLATIVE.

### I POLÍTICAS PÚBLICAS E A PERSPECTIVA NEOINSTITUCIONALISTA

Ao analisar o estado de campo da pesquisa em políticas públicas no Brasil, Celina Souza (2003) reporta-se à aceitação da literatura neoinstitucionalista por parte da ciência política brasileira, mencionando o fato de que as possibilidades para que essa área obtenha um maior rigor teórico-metodológico são mais amplas atualmente do

que em um passado recente. Embora ela ressalte o fato de não haver uma melhor definição de política pública, resume-a como:

o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, colocar “o governo em ação” e/ ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente) (2007, p. 69).

A alusão a regras é um ponto comum nas análises de políticas públicas. Segundo Theodore Lowi (1985), política pública é uma regra formulada por alguma autoridade governamental e que tem por escopo influenciar o comportamento dos cidadãos, por intermédio de sanções negativas ou positivas. As regras, em verdade, definem padrões de comportamento dos atores políticos e regem os processos decisórios de políticas públicas. Mudanças efetivadas nas regras redefinem padrões de atuação e alteram o modo de interação entre os Poderes Executivo e Legislativo, responsáveis diretos pela produção dessas políticas, bem como a forma pela qual os outros atores políticos atuam nos processos decisórios de políticas públicas.

No âmbito deste estudo, que pretende investigar o processo decisório de uma política pública que possui o controle social enquanto um dos seus princípios fundamentais, como é o caso da saúde, é representativo o fato de o neoinstitucionalismo voltar-se não somente para as instituições em si, mas também para os atores políticos e para suas estratégias de atuação em arenas específicas, tudo a influenciar os processos de produção de políticas públicas, em que as regras do processo decisório e os padrões de interação entre os Poderes Executivo e Legislativo têm destacado papel.

A produção de políticas públicas, sob a perspectiva neoinstitucionalista, passou a constar da pauta central do sistema político brasileiro, em um contexto mundial de revisão da concepção e do papel do Estado na sociedade e na economia. Nessa direção, a investigação acerca das instituições políticas brasileiras “está perpassada por um complexo – e imenso – debate interpretativo no interior do próprio mundo acadêmico brasileiro” (PALERMO, 2000, p. 521).

Essas discussões, além de apresentar novas perspectivas e modelagens nas formas de estruturação e atuação do Estado, promoveram uma verdadeira “redescoberta” da agenda intelectual sobre políticas municipais, descentralização do Estado, participação e transparência na esfera pública, dentre outras questões relativas ao desenho institucional (MELO, 1999). Revitalizou-se a agenda de pesquisa sobre políticas públicas. Os livros sobre desenvolvimento e planejamento desatualizaram-se e o cenário desenvolvimentista de outrora deu lugar a um novo contexto onde a formulação de *polícies* passa a constituir causa e efeito das mudanças político-institucionais em curso (REIS, 2003).

A constatação de que a política pública faz a política incentivou uma série de pesquisas recentes sobre os modos de produção e de implementação de políticas específicas

no Brasil: privatização, tributação, previdência, saneamento e meio ambiente foram algumas delas. Suas arenas específicas e seus processos de formulação e de mediação de interesses evidenciaram não haver um único padrão de interação entre agentes estatais e não estatais no processo decisório de políticas públicas.

Além da ênfase nas investigações empíricas sobre o funcionamento das instituições, o que contribuiu para testar e contradizer algumas interpretações acerca do funcionamento do sistema político brasileiro, as novas pesquisas têm feito uso de metodologias até então pouco utilizadas neste país, como a das redes sociais, utilizada por Eduardo Cesar Marques (2000) para demonstrar a relação que foi constituída entre a burocracia técnica, políticos e agentes de empresas estatais e privadas na implementação da política de saneamento básico do Rio de Janeiro entre 1975 e 1996.

Novas interpretações acerca da relação entre sociedade e Estado, mais condizentes com a mútua influência que existe entre essas instâncias,<sup>1</sup> têm sido formuladas, o que incentiva a realização de outras pesquisas, até mesmo para confirmar a veracidade das hipóteses anteriormente levantadas. O sistema político brasileiro é caracterizado em muitas dessas pesquisas, inclusive da literatura comparada, como um sistema dotado de baixa eficácia quanto à decisão e implementação de políticas públicas (PALERMO, 2000). Nessa direção, distorções no sistema presidencialista e na estrutura político-partidária são apontadas como fatores centrais do baixo desempenho governamental e da fragilidade dos mecanismos institucionais pátrios (MAINWARING, 1993).

Essas análises, contudo, começaram a ser refutadas por recentes estudos, que apresentam consistentes dados empíricos. Questionando as bases da literatura tradicional sobre o funcionamento do sistema político brasileiro, Argelina Figueiredo e Fernando Limongi (2001) estabeleceram um marco divisor na agenda de pesquisas sobre esse tema ao apresentarem argumentos e elementos empíricos de que tal literatura ignorou as instituições que regulam o processo decisório no Legislativo e os poderes legislativos da Presidência da República, demonstrando o controle exercido pelo presidente da República e pelos líderes partidários sobre a agenda dos trabalhos parlamentares, bem assim sobre o processo decisório no Congresso Nacional. E que, na dinâmica dessa interação, o Legislativo atua de forma organizada e centralizada, envolto a regras que influenciam a atuação dos parlamentares e inibem a indisciplina partidária.

Os críticos da abordagem de Figueiredo e Limongi, no entanto, apontam que o sucesso do Executivo estaria superdimensionado nas pesquisas por eles desenvolvidas, posto que seus dados empíricos não consideraram as propostas que a Presidência teria interesse em aprovar e que não foram transformadas em lei. Essa agenda não contemplada pelo Congresso mostraria, segundo seus críticos, o grau de conflito entre Executivo e Legislativo (DINIZ, 2005).

Outra crítica diz respeito ao caráter pontual de suas pesquisas, mais centradas na Câmara dos Deputados, fato que poderia macular suas conclusões, considerando que

inúmeras proposições do Executivo consubstanciam-se na forma de emendas constitucionais, que são discutidas e votadas em cada uma das Casas do Congresso Nacional, em dois turnos.

De todo modo, os estudos efetuados por Figueiredo e Limongi renovaram a agenda de pesquisa sobre políticas públicas no Brasil, a qual, por conta disso, apresenta agora duas grandes vertentes. Enquanto a primeira proclama que as relações entre os Poderes Executivo e Legislativo dar-se-iam em bases conflituosas e com baixos índices de eficácia na implementação da agenda governamental; a segunda, capitaneada por esses autores, defende, inversamente, que não há nenhum conflito estrutural de interesses insuperável entre esses Poderes e que o Executivo é o protagonista principal da produção legislativa (DINIZ, 2005).

Cláudio Gonçalves Couto (1998) classifica os padrões de interação entre Executivo e Legislativo em conformidade com três variáveis: quanto à estratégia, quanto à modalidade e quanto aos elementos de troca, ao tempo em que esclarece:

Quanto à estratégia, a interação pode ser basicamente cooperativa ou conflitiva (competitiva); quanto à modalidade poderá ser estável (coalizões/oposição rígida) ou instável (negociações pontuais) e, enfim, quanto à moeda de troca (caráter) poderá ser programática ou alocativa/fisiológica (1998, p. 45).

Ele alerta, contudo, tratar-se de um modelo ideal e que apresenta diversas variações na prática. O tipo de interação entre Executivo e Legislativo dependerá, basicamente, das regras do jogo político estabelecidas pelo sistema de governo e das escolhas individuais dos atores políticos, que, embora sejam tomados como indivíduos racionais, atuam sob constrangimentos institucionais. Balizadora dessa relação, a Constituição Federal atua, ainda de que de forma genérica, na definição dos parâmetros e dos princípios desse jogo político. É que, de acordo com a lógica poliárquica, as normas constitucionais conformam os sistemas políticos e instituem as condições gerais para o seu funcionamento e para atuação dos agentes políticos (COUTO; ARANTES, 2006).

O novo desenho institucional brasileiro, inaugurado pela Constituição de 1988, alocou para o chefe do Executivo inúmeras ferramentas, dentre as quais as medidas provisórias, permitindo-lhe efetivar decisões políticas e forçar a cooperação do Legislativo. Ao ímpeto legiferante do Executivo somou-se a disposição do Parlamento em cooperar e votar de maneira disciplinada em seus projetos de leis. Assim,

O comportamento disciplinado da maioria de deputados e senadores brasileiros ante a orientação das coalizões majoritárias, transmitidas pelos líderes de governos ou pelos líderes partidários, quanto às decisões

legislativas é amplamente conhecido. Esse desempenho tem marcado de forma tão preponderante o recente padrão de relações entre o executivo e o legislativo no Brasil que alguns autores consideraram necessário redefinir o conceito de presidencialismo de coalizão cunhado por Abranches (1988) ante os receios sobre o funcionamento do sistema político resultante da transição democrática (MOISÉS, 2011, p. 16).

A agenda política do Brasil, nas décadas de 1980 e 1990, estimulada pelo processo de transição democrática foi aos poucos incorporando a questão da reforma do Estado, recorrente nos debates sobre a necessidade de rever sua estrutura, aprimorar sua atuação e de enfrentar as crises econômica e fiscal daquele período (MELO, 1999; PRZEWORSKI, 1998; RUA, 1997; SANTOS, 1997). Nesse contexto de mudanças político-institucionais, o Poder Executivo manteve a dianteira do processo legislativo, fazendo uso, sempre que possível, do seu poder geral de decreto.

E, mesmo após promulgação da Constituição Federal de 1988, que aboliu um dos principais instrumentos desse poder, o decreto-lei, havido como autoritário e despótico, tratou-se de encontrar um substituto à altura daquele instituto para acelerar as decisões governamentais, qual seja, a medida provisória.

## 2 O PROCESSO DE PRODUÇÃO DA NOVA POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL NO PERÍODO DE 1989 A 2001

Embora no sistema presidencialista as políticas públicas resultem da interação entre Executivo e Legislativo (KINZO, 1997), pouca atenção era dispensada ao modo de articulação do Congresso Nacional durante o processo decisório. Só recentemente, a pesquisa nessa área passou a dar destaque ao papel de variáveis internas à organização do Legislativo e à importância desse Poder no processo decisório de políticas públicas.

Segundo Ellen Immergut (1996), as decisões políticas em sistemas democráticos supõem um acordo acerca de vários pontos das cadeias de decisões existentes, de modo que

A sorte de uma proposta legislativa, como a que se refere um sistema nacional de seguro saúde, depende do número e das oportunidades de veto distribuídas ao longo dessa cadeia. Se os políticos que ocupam o Executivo querem aprovar um novo programa de ação, eles têm de ser capazes de reunir votos favoráveis em todas as instâncias de decisão dessa cadeia (1996, p. 144).

Com a promulgação da Constituição brasileira de 1988, revigorou-se o debate acerca do tipo de interação que se estabelece entre os Poderes Executivo e Legislativo

no processo de produção de políticas públicas, notadamente em face da utilização das medidas provisórias pelo primeiro. Mas o Executivo possui, além das medidas provisórias, outros instrumentos relativos ao seu poder geral de decreto, que também diminuem os pontos de vetos às suas propostas e contribuem para a mudança do *status quo*, conforme ficou evidenciado no processo de produção da nova política nacional de saúde mental.

A saúde, enquanto condição para o exercício dos demais direitos sociais previstos na Carta Política de 1988<sup>2</sup> (BRASIL, 2011), foi inscrita nesse diploma como um direito de todos e dever do Estado, a ser garantido mediante políticas públicas específicas que visem ao acesso universal e igualitário às suas ações e serviços (art. 196).

Na origem desse processo de constitucionalização do direito à saúde pode ser identificado um expressivo movimento de contestação do sistema público de saúde vigente à época, caracterizado como:

[...] um sistema da cura, da morte e do comércio. Desde há muito deficiente, foi construído ao longo desses vinte e tantos anos de ditadura. Na verdade, nunca tivemos uma política séria de saúde pública, que estivesse voltado para interesses da população (SOUSA, 1999, p. 19).

Mas, concluído o processo constituinte e promulgada a Constituição de 1988, institucionalizou-se no Brasil um novo sistema de saúde pública, com possibilidade de acesso universalizado e igualitário às suas ações e serviços e regido segundo as diretrizes da descentralização e da participação da comunidade. A política nacional de atenção à saúde mental é uma das políticas integrantes desse sistema e os novos princípios e diretrizes do Sistema Único de Saúde, como passou a ser denominado, tiveram forte impacto sobre esta.

Pronunciando-se acerca do modelo anterior de atendimento às pessoas portadoras de transtornos mentais, o Ministério da Saúde, recentemente, reconheceu:

[...] o Estado tem uma dívida ético-política com a população brasileira portadora de sofrimento psíquico, que foi excluída da sociedade, despojada de seus direitos, massacrada em sua subjetividade ao ser transformada em invisível no território de ninguém de uma institucionalização perversa, muitas vezes financiada com verbas públicas, em hospitais de características asilares, abrigos, asilos de idosos e outros [...] (BRASIL, 2007, p. 58).

Razões mais que suficientes para que o modelo anterior de assistência à saúde mental do Brasil fosse fortemente criticado e combatido por profissionais da saúde, familiares de pacientes e entidades da sociedade civil, haja vista que ele se pautava em tratamentos obscuros e na exclusão das pessoas portadoras de transtornos mentais do

convívio social, submetidas que eram a longas internações em asilos ou hospitais psiquiátricos. Quadro que começaria a mudar somente no final da década de 1980.

## 2.1 A REFORMA PSIQUIÁTRICA E O PROJETO DE LEI ANTIMANICOMIAL

Além da instituição do novo sistema público de saúde, dois outros importantes vetores contribuíram para a promoção de mudanças na política nacional de saúde mental, quais sejam o movimento de Reforma Psiquiátrica e o Projeto de n. 3.657 (BRASIL, 1989), também conhecido como projeto de “Lei Antimanicomial”, apresentado ao Congresso Nacional em 1989.

O movimento de Reforma Psiquiátrica brasileira tem a sua própria história, alinhada inclusive ao contexto internacional, onde se buscava suplantiar a violência do modelo asilar (BRASIL, 2005). A origem desse movimento, formado inicialmente por profissionais da área da saúde mental, remonta ao ano de 1970 e tem como um dos seus fundamentos a crítica ao saber e às instituições psiquiátricas clássicas, visando suas transformações.

Os sofrimentos causados e as violações perpetradas contra os doentes levaram o movimento de Reforma Psiquiátrica a propor, diversamente dos postulados inerentes ao antigo modelo de atendimento, a desinstitucionalização, a desospitalização e a humanização na assistência aos mesmos (AMARANTE, 1995).<sup>3</sup>

As propostas de desinstitucionalização e de desospitalização foram inspiradas no processo de reorganização psiquiátrica da Itália, liderada por Franco Basaglia, e que tinha por objetivo liberar a pessoa portadora de transtorno mental da violência institucional que representava o seu isolamento do convívio social, haja vista que os longos períodos de internação a que eram submetidas acabavam por agravar o seu quadro clínico, além de atentar contra a sua dignidade, em face da privação indevida da sua liberdade, com a consequente quebra dos laços familiares, afetivos e comunitários, mantidos por ela (RADIS, 2005).

Médico-psiquiatra por formação, Basaglia era integrante do Partido Comunista italiano. Sua proposta consistia em:

[...] destruir o manicômio e buscar meios de reintegração social aos pacientes, considerando todas as contradições do mundo extramural. Esta mesma proposta já havia sido avaliada como inviável se um exaustivo e perseverante trabalho junto à comunidade não fosse desenvolvido. O respaldo político para essa ação deveria ser obtido através de apoio a ser conseguido junto aos partidos progressistas e de organizações sindicais (FIGUEIREDO, 1988, p. 106).

Em razão da relevância do seu trabalho, o serviço psiquiátrico que gerenciava na Itália foi credenciado pela Organização Mundial de Saúde, no ano de 1973, como

referência mundial no processo de reformulação do atendimento em saúde mental. E, ao final daquela década, o congresso italiano aprovou uma lei, que ficou conhecida como “Lei Basaglia”, a qual proibia a construção de novos manicômios naquele país e recomendava o fechamento dos que existiam à época.

No Brasil, o movimento de Reforma Psiquiátrica é caracterizado como um:

[...] processo político e social complexo, composto de atores, instituições e forças de diferentes origens, e que incide em territórios diversos, nos governos federal, estadual e municipal, nas universidades, no mercado dos serviços de saúde, nos conselhos profissionais, nas associações de pessoas com transtornos mentais e de seus familiares, nos movimentos sociais, e nos territórios do imaginário social e da opinião pública. Compreendida como um conjunto de transformações de práticas, saberes, valores culturais e sociais, é no cotidiano da vida das instituições, dos serviços e das relações interpessoais que o processo da Reforma Psiquiátrica avança, marcado por impasses, tensões, conflitos e desafios (BRASIL, 2005, p. 6).

A força política desse movimento repercutiu no Congresso Nacional, onde foi apresentado pelo deputado federal Paulo Delgado o Projeto de Lei n. 3.657/89, denominado projeto de “Lei Antimanicomial”. Esse projeto dispunha sobre a extinção progressiva dos manicômios, a substituição desses últimos por outros recursos assistenciais e a regulamentação da internação psiquiátrica compulsória, que passaria a ser indicada somente quando os recursos extra-hospitalares se mostrassem insuficientes (BRASIL, 1989).

Da justificativa desse projeto de lei constava o alerta de que desospitalização era um processo irreversível em todo o mundo, fato que demonstraria, segundo seu autor, “ser o manicômio plenamente substituível por serviços alternativos mais humanos, menos estigmatizantes, menos violentos, mais terapêuticos” (BRASIL, 1989, p. 10.696). Nesse sentido, é apontada a bem-sucedida experiência italiana de extinção de manicômios como alternativa para a superação da estrutura asilar em que se sustentava a contestada política de saúde mental brasileira da época, cujos

[...] efeitos danosos de privatização paroxística da saúde, nos anos 60 e 70, incidiram violentamente sobre a saúde mental, criando um parque manicomial de quase 100.000 leitos remunerados pelo setor público, além de cerca de 20.000 leitos estatais. A interrupção do crescimento desses leitos é imperativa para o início efetivo de uma *nova política*, mais competente, eficaz, digna e ética, de atendimento aos pacientes com distúrbios mentais (BRASIL, 1989, p. 10.696).

O projeto de “Lei Antimanicomial”, que logo em seu art. 1º proibia a construção em território nacional de novos hospitais psiquiátricos de natureza pública, foi apresentado à Câmara dos Deputados em 12 de setembro de 1989, sob o regime de tramitação de urgência.<sup>4</sup> Após tramitar pelas Comissões de Constituição e Justiça e de Seguridade Social e Família, onde recebeu pareceres favoráveis à sua aprovação, retornou ao plenário da Câmara, onde foi discutido e emendado. Sua aprovação em Plenário ocorreu em 1990.

No ano seguinte, o projeto foi encaminhado pela Câmara dos Deputados ao Senado Federal, haja vista que os projetos de lei devem ser aprovados nas duas Casas. Após sua leitura no plenário do Senado, em 18 de fevereiro de 1991, a proposição foi despachada à Comissão de Assuntos Sociais dessa Casa, por onde tramitou durante quatro anos. Na comissão em questão, o projeto ficou à mercê de uma série de *lobbies* de proprietários de hospitais privados e de profissionais contrários aos pressupostos da Reforma Psiquiátrica (SOUZA, 1999).

No final de 2005, a Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, finalmente, deliberou sobre o projeto, ocasião em que aprovou o substitutivo apresentado pelo senador Lucídio Portella, que alterou substancialmente o projeto originário da Câmara dos Deputados, mantendo, inclusive, a possibilidade de construção de novos hospitais psiquiátricos públicos e a contratação ou financiamento pelo setor governamental de novos leitos em hospital psiquiátrico, mas que somente seriam permitidos nas regiões onde não houvesse estrutura assistencial adequada (BRASIL, 1999).

Esse substitutivo, que se propunha a redirecionar o modelo assistencial em saúde mental no Brasil, vedava a internação de pacientes portadores de transtornos mentais em instituições com características asilares, prevendo a possibilidade de eles serem tratados em ambientes terapêuticos alternativos ao hospital psiquiátrico e estabelecia que o Poder Público destinaria recursos orçamentários para a construção e manutenção de uma rede de serviços de saúde mental diversificada e qualificada. Além do mais, atribuía ao Estado a responsabilidade pelo desenvolvimento da política de saúde mental, pela assistência e pela promoção de ações de saúde aos doentes, com a devida participação da sociedade e da família dos pacientes (BRASIL, 1999).

Mas a proposição, aprovada na Comissão de Assuntos Especiais do Senado, ainda viria a passar por mais uma longa tramitação legislativa de autuações, pareceres, despachos entre comissões e recebimento de emendas nessa Casa. E a transformação do modelo de atendimento, preconizado pela proposta legislativa, tornou-se prática política e social mesmo antes de virar lei (AMARANTE, 2006), haja vista que, no espaço de tempo em que a nova política de atenção à saúde mental era apreciada e debatida no Congresso Nacional, o Ministério da Saúde começou a deliberar, por meio de portarias normativas, sobre suas diretrizes e bases constitutivas, antes mesmo de o Legislativo aprovar o projeto de lei respectivo, violando o princípio da Separação dos Poderes, que preserva as garantias institucionais dos Poderes da União e só

permite ao Executivo, nessa seara, a expedição de atos normativos gerais complementares à lei.<sup>5</sup>

Esse princípio encontra abrigo na Constituição Federal, que prevê no seu art. 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 2011, p. 7). Em consideração a esse princípio, a Carta Política proíbe que o Executivo edite medidas provisórias acerca de matéria já disciplinada em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, de modo a evitar constrangimentos institucionais. É vedada, do mesmo modo, a edição de atos normativos pelos órgãos e entidades do Executivo que violem a competência constitucional do Legislativo. Assim,

Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por competência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta (MELLO, 1996, p. 208).

A apresentação do projeto de “Lei Antimanicomial” no Congresso intensificou o debate na sociedade e impulsionou o movimento de Reforma Psiquiátrica a exigir do Estado mudanças imediatas no modelo de atendimento às pessoas portadoras de transtornos mentais.

## **2.2 O PROTAGONISMO DO EXECUTIVO NA PRODUÇÃO DA NOVA POLÍTICA NACIONAL DE ATENÇÃO À SAÚDE MENTAL: O CONGRESSO SUBTRAÍDO**

Com o aumento das pressões por mudanças na política de saúde mental, o Ministério da Saúde começou a redirecionar, a partir de 1991, o financiamento público das ações em saúde mental, com vistas a implantar uma rede extra-hospitalar de atendimento, “priorizando a remuneração do atendimento alternativo à internação (especialmente os serviços-dia) e apoiando a substituição da internação em hospital psiquiátrico pela internação em hospital geral” (TENÓRIO, 2002, p. 41). Registre-se que essa era uma das propostas constantes Projeto de Lei n. 3.657/89 (BRASIL, 1989), que estava em discussão no Congresso Nacional.

Iniciando, portanto, o processo de produção da nova política nacional de saúde mental, o Poder Executivo, por meio do Ministério da Saúde, instituiu na sistemática de atendimentos em saúde mental os Núcleos e os Centros de Atenção Psicossocial, unidades de saúde alternativas aos hospitais psiquiátricos. Essas mudanças, que iniciaram a estruturação do novo modelo de atendimento em saúde mental, foram previstas na Portaria n. 189, de 19 de novembro de 1991, do Ministério da Saúde, editada, segundo justificativa desse Ministério, para melhorar a qualidade da atenção às pessoas portadoras de transtornos mentais e diversificar os métodos e as técnicas terapêuticas (BRASIL, 1991).

A intenção do Ministério da Saúde era regulamentar todo o subsistema de saúde mental do SUS, considerado por ele claramente inadequado. Nessa direção, ele também editou a Portaria n. 224, de 29 de janeiro de 1992, a qual, conforme sua análise, “Regulamenta o funcionamento de *todos os serviços de saúde mental*” (BRASIL, 2004, p. 252, grifo nosso).

É como se o projeto de lei sobre a nova política de saúde mental, que ainda tramitava no Congresso, já tivesse sido transformado em lei, o que, de fato, daria margem para que o Executivo o regulamentasse, conforme impõe o princípio da Separação dos Poderes. Diferentemente do Legislativo que tem o poder de editar leis, que inovam a ordem jurídica do País, os atos normativos expedidos pelo Executivo, aqui inclusos os decretos e portarias, têm “a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública” (MELLO, 1996, p. 184).

No entanto, a Portaria n. 224/92 do Ministério da Saúde estabeleceu, soberanamente, importantes diretrizes da atual política de saúde mental, a exemplo do multiprofissionalismo na prestação dos serviços e da participação social na formulação e no controle dessa política, bem como normatizou a forma de atendimento nas unidades básicas, centros de saúde e ambulatórios especializados e instituiu os núcleos e centros de apoio psicossocial, que oferecem serviços entre o regime ambulatorial e a internação hospitalar (BRASIL, 2004).

Tal portaria também normatizou o atendimento hospitalar e instituiu os hospitais-dia, enquanto recurso intermediário entre a internação e o ambulatório, visando substituir a internação integral. Nesse sentido, previu a realização de atividades comunitárias pelos pacientes, de modo a promover sua reinserção social. Além do mais, a Portaria n. 224/92 dispôs sobre os critérios de atendimento dos serviços de urgência psiquiátrica em hospital geral, que deveriam ter por objetivo evitar a internação hospitalar, de forma a permitir que o paciente pudesse retornar ao convívio social em um curto espaço de tempo (BRASIL, 2004). A Instituição Total representada pelo hospital psiquiátrico sofreu um duro golpe com essas novas normas.<sup>6</sup>

Nas disposições gerais dessa portaria ficou expressa a nova concepção de atenção à saúde mental no Brasil, posto que estabeleceu medidas para a humanização do atendimento e para a preservação dos direitos de cidadania dos pacientes internados em todos os hospitais que prestassem serviços psiquiátricos, ficando desde então proibida a existência de celas fortes para contenção de pacientes, bem como garantido o devido registro dos procedimentos diagnósticos e terapêuticos efetuado nas unidades de saúde, o que contribuiu para a eliminação do obscurantismo dos tratamentos (BRASIL, 2004).

O Poder Executivo, portanto, não esperou a aprovação pelo Congresso do projeto de lei que instituiria o novo modelo de atenção à saúde e passou a estabelecer as bases normativas e constitutivas desse modelo, lembrando que a iniciativa daquele projeto foi de um dos membros do Congresso Nacional e que, nesse caso, não havia

prazo para que o Poder Legislativo exercesse sua função legiferante, diferentemente do que ocorre no regime constitucional de apreciação de medidas provisórias, em que o Legislativo tem prazo para deliberar.

Não havia falar, portanto, em abdicação do poder de legislar do Legislativo em favor do Executivo, considerando que o Congresso tomou a iniciativa de legislar sobre a nova política. E, do mesmo modo, não há como se vislumbrar aqui uma delegação de poderes ao Executivo por parte do Legislativo, conforme previsto no art. 68, § 2º, da Constituição Federal (BRASIL, 2011), posto que tal delegação, que se opera por meio de uma resolução do Congresso, não ocorreu.

E, mesmo com um projeto de lei sobre a nova política em tramitação no Senado Federal, o Executivo começou a legislar, a partir de 1991, sobre a política de saúde mental, por meio de portarias normativas do Ministério da Saúde, afrontando a competência do Congresso prevista na Constituição Federal e dando margem a que o Parlamento sustasse, com suporte no art. 49, V, dessa Carta Política (BRASIL, 2011), os atos regulamentares do Ministério da Saúde, haja vista a capacidade do Legislativo de sobrestar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem da sua competência de regulamentar as leis oriundas do Parlamento.<sup>7</sup>

Mas nenhuma medida nesse sentido foi adotada pelo Congresso Nacional, que optou por não obstar a atuação legislativa do Executivo. Mesmo porque a política de saúde mental que este instituía, por meio das portarias normativas do Ministério da Saúde, não divergia daquela concebida pelo Congresso. E em um cenário de interesses comuns, talvez não houvesse razões para um confronto entre esses Poderes.

Dentro desse contexto político propício, destituído de arenas de veto, o Ministério da Saúde continuou dando forma e funcionalidade à nova política de atenção à saúde mental, por ele estabelecida. Por meio da Portaria GM/MS n. 1.106, de 19 de outubro de 1992, e como forma de referendar sua atuação na modelagem da nova política de atenção, esse ministério convocou a II Conferência Nacional de Saúde Mental, que foi precedida por 24 conferências estaduais e tantas outras municipais. Sua comissão organizadora contou com a participação de representantes dos segmentos que atuavam no movimento de Reforma Psiquiátrica e na reestruturação dos serviços de saúde (BRASIL, 1994).

Realizada no período de 1 a 4 de dezembro de 1992, a II Conferência Nacional de Saúde Mental teve como grande diferencial em relação à anterior a efetiva participação dos usuários da rede de serviços nos trabalhos de grupo, nas plenárias e nas tribunas livres. Formas de participação essas que deram ensejo ao “surgimento de uma nova dinâmica de organização do trabalho, onde os depoimentos pessoais, as intervenções culturais e a defesa dos direitos transformaram as relações e as trocas entre todos os participantes” (BRASIL, 2004, p. 4-5).

Uma das recomendações dessa conferência justificou a edição por parte do Ministério da Saúde da Portaria SAS n. 88, de 21 de julho de 1993, que definiu

mecanismos de supervisão, controle e avaliação das atividades assistenciais em hospitais psiquiátricos, com critérios explícitos para seus credenciamentos enquanto unidades de saúde autorizadas a proceder a cobranças por procedimentos em psiquiatria, sujeitando-os, inclusive, a penalidades pelo descumprimento das normas estabelecidas nessa portaria e nas demais editadas no ano de 1992 pelo Ministério da Saúde, que poderiam chegar até a exclusão do hospital do sistema de informações hospitalares do SUS (BRASIL, 2004).

No ano seguinte, foi criado, por meio da Portaria SAS n. 145, de 25 de agosto de 1994, o subsistema de supervisão, controle e avaliação da assistência em saúde mental, a fim de acompanhar e avaliar os serviços de saúde mental do Sistema Único de Saúde, como um todo, nas três esferas de governo, de modo a garantir a correta aplicação das normas em vigor (BRASIL, 2004).

Com os novos serviços de saúde mental instituídos e regulamentados por meio dos seus atos normativos pretéritos, o Ministério da Saúde criou, por meio da Portaria GM n. 1.077, de 24 de agosto de 1999, o Programa para a Aquisição dos Medicamentos Essenciais para Área de Saúde Mental, instrumento necessário no âmbito do

[...] processo de reestruturação da assistência psiquiátrica em curso no País, que impõe a necessidade de reversão do modelo de assistência vigente, com a implantação e implementação de uma rede de serviços ambulatoriais, com acessibilidade e resolubilidade garantidos (BRASIL, 2004, p. 95).

No ano da edição dessa nova portaria do Ministério da Saúde, o substitutivo do Senado, que se propunha a redirecionar o modelo assistencial em saúde mental no Brasil, foi aprovado no seu plenário. Mas como o Senado atuou como Casa Revisora do projeto de lei, seu substitutivo precisou retornar à Câmara dos Deputados (Casa Iniciadora), para se pronunciar sobre sua aprovação ou rejeição, de forma definitiva.<sup>8</sup>

E, assim, a proposição que estabelecia os princípios e as bases constitutivas da nova política nacional de atenção à saúde mental completava 10 anos de tramitação no Congresso Nacional. É como se o Poder Legislativo rejeitasse suas próprias leis, isto é, as leis de iniciativa de seus integrantes. Segundo José Álvaro Moisés, “Casos assim se sucedem mostrando que a tramitação de projetos individuais dos parlamentares está bloqueada, deixando proposições de interesse social fora das prioridades das instituições” (2011, p. 29).

Embora tenha recuperado com a Constituição de 1988 muitos dos poderes que lhe foram retirados pelas reformas constitucionais conduzidas pelos governos militares, o Legislativo assistiu passivamente a atuação do Executivo na produção da nova política nacional de saúde mental, que estava sendo gestada no Congresso Nacional.

É que o tempo de resposta política do Congresso às demandas da sociedade por um modelo de assistência psiquiátrica mais humanizador foi extemporâneo, permitindo a um órgão do Poder Executivo assimilar esse anseio e editar uma política pública pautada na desospitalização das ações assistenciais e na eliminação das instituições com características asilares.

As diretrizes dessa nova política apontavam para a implantação de um modelo de atenção à saúde mental diversificado e de base territorial comunitária, o que ficou ainda mais evidente com a publicação da Portaria GM n. 106, de 11 de fevereiro de 2000 (BRASIL, 2004). Tal portaria criou no âmbito do Sistema Único de Saúde os Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental, visando à reintegração social dos usuários dos serviços de atendimento e à redução das internações em hospitais psiquiátricos.

A Portaria GM n. 106/2000 cumpriu, na visão do Ministério da Saúde, um papel fundamental na consolidação do processo de substituição do modelo tradicional, passando a valorizar o ambiente comunitário como espaço de tratamento dos pacientes. Corroborando tal entendimento, esse ministério, ao instituir, por meio da Portaria GM n. 799, de 19 de julho de 2000, o Programa Permanente de Organização e Acompanhamento das Ações Assistenciais em Saúde Mental, passa a considerar “que o modelo de atenção extra-hospitalar tem demonstrado grande eficiência e eficácia no tratamento dos pacientes portadores de transtornos mentais” (BRASIL, 2004, p. 105).

A nova política de atenção à saúde mental, que se propunha a rever o modelo tradicional de atendimento já era, portanto, uma realidade, antes mesmo que o projeto de “Lei Antimanicomial” (àquela altura transformado em substitutivo) tivesse sido aprovado no Congresso. Tal proposição legislativa, que tinha por objetivo redirecionar o modelo assistencial em saúde mental, tramitou por mais dois anos na Câmara dos Deputados, após retornar da Casa Revisora, em 1999. E nessa nova fase de tramitação, o plenário da Câmara rejeitou, em 2001, dois dispositivos do substitutivo do Senado.

Em abril de 2001, a mesa diretora da Câmara dos Deputados, finalmente, remeteu a matéria à sanção presidencial. E naquele mesmo mês foi promulgada a Lei n. 10.216/ 2001, que “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental” (BRASIL, 2001). E a “Lei da Reforma Psiquiátrica”, como ficou conhecida a lei em questão, tornou regra os princípios e as diretrizes da nova política de saúde mental, formulados e implementados pelo Executivo, por meio do Ministério da Saúde, desde o início da década de 1990.

TABELA 1 – ATOS NORMATIVOS EDITADOS PELOS PODERES EXECUTIVO E LEGISLATIVO NO PERÍODO DE 1989 A 2001, RELATIVOS À POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL

	1989	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	TOTAL
EXECUTIVO	-	-	1*	1*	1*	1*	-	-	-	-	1*	1*	1*	7
LEGISLATIVO	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1**	1

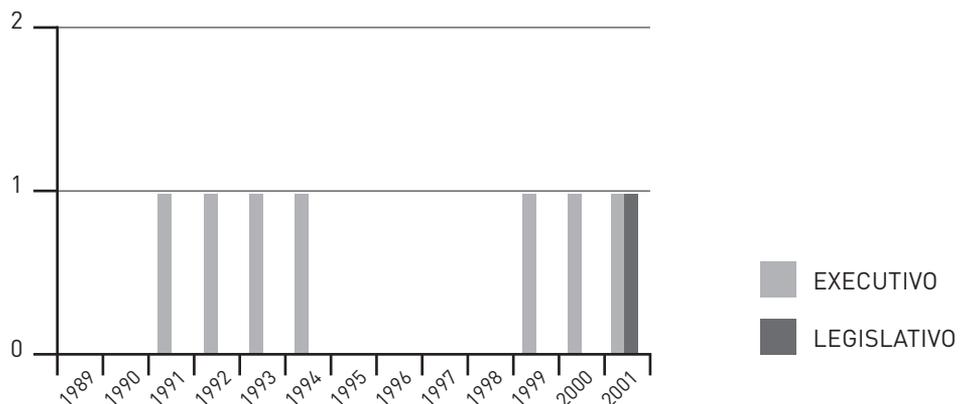
\* PORTARIA

\*\* LEI

Fonte: Dados colhidos na pesquisa.

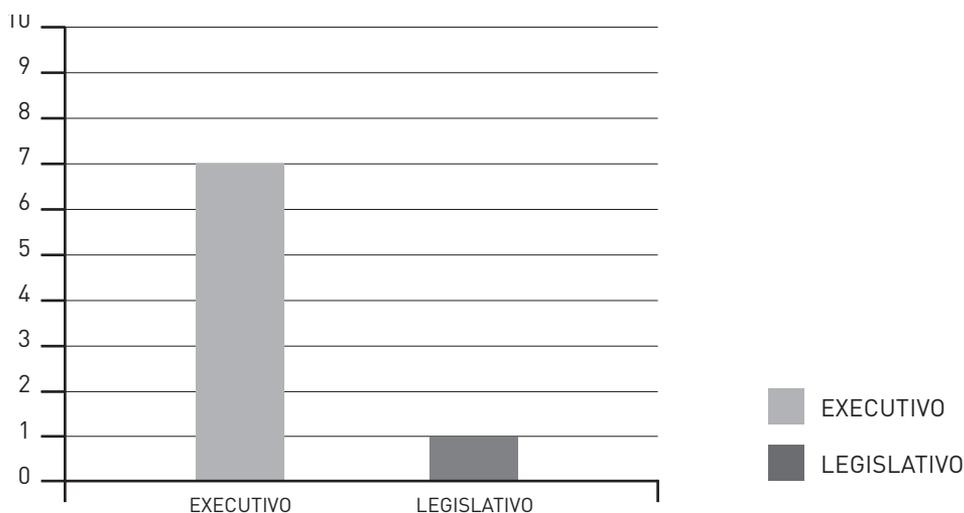
Não restam dúvidas quanto à predominância do Executivo na produção da nova política nacional de atenção à saúde mental, no período de 1989 a 2001, que foi o período de consolidação dessa política e de um novo modelo de atendimento aos pacientes. Fato inusitado é que, no período de 1989 a 2001, tramitava no Congresso uma proposição legislativa de um dos seus integrantes e que tinha por objetivo instituir uma nova política de atenção à saúde mental no Brasil, de modo a redirecionar o seu modelo de assistência psiquiátrica, até então existente, proposta que foi sendo paulatinamente apropriada e materializada por meio de atos normativos do Executivo.

GRÁFICO 1 – ATOS NORMATIVOS EDITADOS NO PERÍODO DE 1989 A 2001, RELATIVOS À POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL



Fonte: Dados colhidos na pesquisa.

GRÁFICO 2 – TOTAL DE ATOS NORMATIVOS RELATIVOS À POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL, 1989-2001



Fonte: Dados colhidos na pesquisa.

Essa situação é condizente com o fenômeno observado por Charles Pessanha (2002), relativo ao movimento de transferência gradual, ao longo do século XX, da iniciativa legislativa para o Executivo, quando a lei é transformada, de um comando normativo genérico, oriundo do Legislativo, em um instrumento de governo, dotado de propósitos específicos. Não à toa, Octavio Amorim Neto e Fabiano Santos (2002) já chamavam a atenção para a necessidade de se analisar outros atos normativos, além da lei em si, para se ter uma visão mais abrangente de problemas relativos a determinadas áreas decisórias de produção de políticas públicas. É que, muitas vezes, as deliberações governamentais são efetivadas por meio de uma legislação silenciosa, materializada em regulamentos que, embora inovem o sistema jurídico do País, não são discutidos nem aprovados no Congresso, espaço deliberativo das inovações legislativas em regimes democráticos.

Segundo Marta Arretche,

A edição de portarias ministeriais tem sido o principal instrumento de coordenação das ações nacionais em saúde. Isto quer dizer que a principal arena de formulação da política nacional tem sido o próprio poder Executivo e, marginalmente, o Congresso Nacional (2004, p. 22).

Na mesma direção, algumas políticas públicas têm passado ao largo do Congresso Nacional, como a cambial e a industrial, fato esse que denota a existência de um padrão dual no processo decisório de políticas públicas (SANTOS, 1997), considerando que outras políticas reclamam, necessariamente, o concurso do Legislativo e uma maior interação entre os Poderes, por imperativo constitucional, tendo em vista as implicações estruturais que comportam, a exemplo das políticas de privatização e de reforma previdenciária.

A reforma previdenciária, efetivada no governo Fernando Henrique Cardoso, foi uma política que teve o Congresso Nacional como arena principal de decisão (SILVA; CORTEZ, 2007). É que a Carta Política de 1988 acabou por constitucionalizar, conforme registram Couto e Arantes (2006), inúmeras políticas públicas, obrigando o governante a formar amplas maiorias legislativas para promover reformas constitucionais e colocar em prática sua plataforma de governo, haja vista que uma proposta de emenda constitucional deve ser discutida e votada na Câmara e no Senado, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambas as Casas, três quintos dos votos dos respectivos membros.

A possibilidade de utilização pelo Executivo de ações estratégicas e de determinados instrumentos para a criação da legislação e para a produção de políticas públicas faz parte do jogo político e dos processos de mediação e negociação vigentes em um sistema de Separação dos Poderes (DINIZ, 2005). O que não é aceitável é a exclusão do Parlamento da arena de decisão de políticas públicas. E esse fato ficou evidenciado no processo de produção da atual política nacional de saúde mental. Nesse caso, a atuação do Executivo consistiu em instituir, de forma isolada em relação ao Congresso Nacional, os princípios, diretrizes e programas da nova política, dentro de um intervalo de tempo em que os fundamentos políticos e teóricos dessa política, materializados em um projeto de lei apresentado por um representante do Parlamento em 1989, ainda estavam em discussão no Congresso Nacional.

## CONCLUSÃO

O processo decisório de políticas públicas apresenta características multifacetárias. O entendimento tradicional do sistema político brasileiro, descrito em termos de baixa eficácia quanto à decisão de políticas públicas, vem sendo superado com suporte em pesquisas que se destacam por apresentar consistentes dados empíricos e por investigar políticas específicas, fugindo a generalizações que comprometam a investigação. Novas variáveis foram acrescentadas às análises, a exemplo do comportamento dos parlamentares diante das regras que regem o processo decisório e dos interesses em disputa. Regras que afetam as estratégias e o poder de decisão dos atores políticos.

O texto da Constituição Federal de 1988 buscou promover o fortalecimento do papel do Congresso Nacional no processo de produção de políticas públicas, recuperando-lhe parte dos poderes que lhe foram retirados no período militar. Institutos que dificultavam sua atuação enquanto arena decisória foram abolidos, a exemplo do decreto-lei. Mesmo com as novas regras institucionais, ainda é o Executivo que centraliza o processo decisório, utilizando seu poder de agenda e a estratégia da patronagem na aprovação dos projetos legislativos que atendam seus interesses. O Processo decisório não se apresenta paralisado em função de vetos oriundos do Parlamento, nem por características inatas ao sistema presidencialista brasileiro.

No sistema presidencialista de governo, adotado por essa Carta Política, as políticas públicas resultam da interação entre esses Poderes. Não há, contudo, um padrão único de interação entre eles, considerando que algumas políticas públicas são decididas, quase em sua totalidade, pelos núcleos burocráticos do Executivo e por seu vigoroso aparato organizacional, informacional e gerencial, que podem até excluir o Parlamento do seu processo de produção, ainda que esse Poder se predisponha a editar tais políticas. Esse fato foi observado no processo decisório da nova política nacional de atenção à saúde mental, no período de 1989 a 2001.

Nesse período, tramitava no Congresso Nacional um projeto de lei que instituiria a nova política, mas o Poder Executivo não aguardou sua aprovação e, com suporte nos princípios defendidos pelo movimento de Reforma Psiquiátrica, estabeleceu as bases normativas e constitutivas da política nacional de saúde mental, por meio de portarias editadas pelo Ministério da Saúde. Não houve uma resolução do Parlamento, na forma prevista no art. 68, § 2º, da Constituição Federal, que delegasse competência ao Executivo para deliberar sobre a política em questão, nem abdicação do poder de legislar por parte do Parlamento, posto que um dos seus integrantes apresentou um projeto de lei relativo à nova política de saúde mental.

Mas o longo período de tramitação desse projeto no Congresso Nacional (1989-2001), antes de virar lei, deu margem a uma atuação soberana do Executivo no processo de produção da nova política, criando constrangimentos institucionais na medida em que não aguardou a promulgação da lei respectiva para regulamentá-la, como impõe o princípio da Separação dos Poderes, assumindo a função de legislador. Os atos regulamentares expedidos pelo Executivo, materializados nas portarias normativas do Ministério da Saúde, instituíram a atual política nacional de saúde mental.

O Executivo, mesmo sem qualquer delegação para tanto, passou a instituir, de forma unilateral, os princípios, as diretrizes e os programas da nova política, não encontrando nenhum ponto de veto por parte do Legislativo, que, no período sob análise, limitou-se à discussão de um projeto de lei, transformado em lei doze anos depois e que terminou por referendar as deliberações já tomadas pelo Executivo. Não se questiona a agilidade e a presteza do Executivo em atender às legítimas demandas do movimento de Reforma Psiquiátrica e da sociedade em geral em prol de uma nova política de saúde

mental, quanto mais em um cenário de paralisia decisória por parte do Congresso em relação à aprovação do projeto de lei que instituiria essa política. Diante de complexas e inusitadas situações, que exigem uma célere resposta governamental, cumpre dotar o Executivo de instrumentos normativos e técnicos para sanar problemas de ação coletiva.

O que deve ser evitado é que as decisões políticas sejam efetivadas por um restrito grupo de atores políticos enclausurados na alta burocracia governamental, sem a mediação e o acompanhamento do Parlamento. A preocupação reside, por conseguinte, na constante ampliação da capacidade de o Executivo produzir políticas públicas de forma unilateral, utilizando-se do seu poder geral de decreto, sem a participação da instância representativa da coletividade que é o Congresso Nacional.

No exercício de sua função de fiscalização, cumpre que o Legislativo suste os atos normativos do Executivo que extrapolem seu poder de regulamentar a lei, na forma prevista pela Constituição Federal, evitando-se que, sob o pretexto de executar uma lei oriunda do Parlamento ou um dispositivo constitucional, o Executivo edite portarias ou regulamentos com força de lei, violando o princípio da Separação dos Poderes e enfraquecendo o Legislativo enquanto instância decisória de leis e de políticas públicas.

: ARTIGO APROVADO [02/12/2013] : RECEBIDO EM 15/08/2012

## NOTAS

1 Os autores da recente abordagem Estado na sociedade contribuíram para uma atualização da literatura neoinstitucionalista, a partir de uma leitura crítica dos seus primeiros textos, dando ensejo ao surgimento de uma visão mais equilibrada da relação entre Estado e sociedade (MARQUES, 1997).

2 A Constituição Federal estabelece, em seu art. 6º, que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, e à infância, a assistência aos desamparados [...]” (BRASIL, 2011).

3 A luta contra a institucionalização da assistência psiquiátrica remonta ao século XIX. Segundo Foucault, as grandes estruturas asilares, instaladas a partir do começo desse século, “eram justificadas pela maravilhosa harmonia entre as exigências da ordem social, que pedia proteção, contra a desordem dos loucos, e as necessidades da terapêutica, que pediam o isolamento dos doentes” (1982, p. 126).

4 No regime de tramitação de urgência há a dispensa de exigências, interstícios ou formalidades regimentais, excetuados a publicação e distribuição da proposição principal e das acessórias, quando existente; os pareceres das comissões ou do relator designado e o quorum para deliberação.

5 As leis, portarias e decretos são espécies de atos normativos. Mas, enquanto a lei é considerada fonte primária do direito, originária do Legislativo, os dois últimos são fontes secundárias, em razão do seu caráter regulamentar. E o poder regulamentar destina-se à execução da lei (MELLO, 1996).

6 Instituição Total tem aqui o sentido dado por Goffman (2001) de instituição voltada para o controle e isolamento do indivíduo internado do meio social, impedindo sua interação com a realidade exterior.

7 O fundamento da competência regulamentar do Executivo encontra-se no art. 84, IV, da Constituição Federal.

8 Esse fato decorre do princípio do bicameralismo adotado pelo Brasil, o qual obriga que um projeto de lei retorne à Casa Iniciadora, onde se originou, para aprová-lo ou rejeitá-lo em definitivo, caso tenha sido emendado ou recebido substitutivo (emenda substitutiva) na Casa Revisora.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARANTE, Paulo (Coord.). *Loucos pela vida: a trajetória da reforma psiquiátrica no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.
- \_\_\_\_\_. Rumo ao fim dos manicômios. *Revista Mente & Cérebro*. São Paulo: Duetto, p. 30-35, set. 2006.
- AMORIM NETO, Octavio; SANTOS, Fabiano. A produção legislativa do Congresso: entre a paróquia e a Nação. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 91-140, 2002.
- ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 18, n. 2, p. 17-26, 2004.
- BRASIL. *Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei n. 10.216, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 abr. 2001. Seção 1, p. 2.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Legislação em saúde mental: 1990-2004*. 5. ed. Brasília/ DF, 2004. Disponível em: <[http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao\\_mental.pdf](http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/legislacao_mental.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Brasília/DF, 2005. Disponível em: <<http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/Relatorio15anosCaracas.pdf>>. Acesso em: 24 de fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Relatório final da 2. Conferência Nacional de Saúde Mental*, 01.12.-04.12.1992, Brasília/DF, 1994. Disponível em: <[http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/2conf\\_mental.pdf](http://bvmsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/2conf_mental.pdf)>. Acesso em: 3 fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. *Saúde Mental no SUS: acesso ao tratamento e mudança do modelo de atenção. Relatório de Gestão 2003-2006*. Brasília/DF, 2007.
- \_\_\_\_\_. Portaria SNAS/MS n. 189, de 19 de novembro de 1991. Inclui na tabela do SIH/SUS procedimentos para tratamento em psiquiatria (hospital geral, hospital especializado e hospital dia). Disponível em: <<http://www.inverso.org.br/index.php/content/view/12230.html>>. Acesso em: 1º fev. 2011.
- \_\_\_\_\_. Projeto de lei n. 3.657, 1989. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, DF, 29 set. 1989. Seção 1, p. 10696-10697.
- \_\_\_\_\_. Substitutivo do Senado Federal ao Projeto de Lei n. 3.657, de 1989. *Diário da Câmara dos Deputados*, Brasília, DF, 20 abr. 1999, p. 16713.
- CAREY, John Michael; SHUGART, Matthew. Poder de decreto: chamando os tanques ou usando as canetas? *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 13, n. 37, p. 149-184, 1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200009&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-69091998000200009&script=sci_arttext)>. Acesso em: 9 de set. 2011.
- COMO anda a reforma psiquiátrica? *RADIS comunicação em saúde*, Rio de Janeiro, n. 38, p. 16-19, out. 2005.
- COUTO, Cláudio Gonçalves. Negociação, decisão e governo: padrões interativos na relação executivo-legislativo e o caso paulistano. In: ANDRADE, Regis de Castro (Org.). *Processo de governo no município e no estado: uma análise a partir de São Paulo*. São Paulo: EDUSP, 1998, p. 41-72.
- COUTO, Cláudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. *Constituição, governo e democracia no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 21, n. 61, p. 41-62, 2006.

- DINIZ, Simone. Interações entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo decisório: avaliando sucesso e fracasso presidencial. *DADOS – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 48, n. 1, p. 333-366, 2005.
- FIGUEIREDO, Argelina Cheibub; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2001.
- FIGUEIREDO, Gabriel. *O príncipe e os insanos*. São Paulo: Cortez, 1988.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1982.
- GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 7. ed. Tradução Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- IMMERGUT, Ellen M. As regras do jogo: a lógica da política de saúde na França, na Suíça e na Suécia. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, n. 30, p. 139-165, 1996.
- KINZO, Maria D'Alva Gil. Governabilidade, estrutura institucional e processo decisório no Brasil. *Parcerias estratégicas*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 9-25, 1997.
- LOWI, Theodore. The state in politics: the relation between policy and administration. In: NOLL, Roger G. (Ed.). *Regulatory policy and the social sciences*. Berkeley: University of California Press, 1985, p. 67-95. Disponível em: <[http://books.google.com.br/books?id=GuKbH2z1i4UC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](http://books.google.com.br/books?id=GuKbH2z1i4UC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)>. Acesso em: 5 nov. 2011.
- MAINWARING, Scott. Democracia presidencialista multipartidária: o caso do Brasil. *Lua Nova*, São Paulo, n. 28-29, p. 21-74, 1993. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64451993000100003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 7 nov. 2011.
- MARQUES, Eduardo Cesar. *Estado e redes sociais: permeabilidade e coesão nas políticas urbanas no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- \_\_\_\_\_. Notas críticas à literatura sobre estado, políticas estatais e atores políticos. *Revista Brasileira de Informações Bibliográficas em Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, n. 43, p. 67-102, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- MELO, Marcus André Barreto Campelo de. Estado, governo e políticas públicas. In: MICELI, Sérgio (Org.). *O que ler na ciência social brasileira (1970-1995)*. São Paulo: Sumaré, p. 59-99, 1999, v. 3.
- MOISÉS, José Álvaro. Desempenho do Congresso Nacional no presidencialismo de coalizão (1995-2006). *O Congresso e o presidencialismo de coalizão*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2011, p. 15-32. Disponível em: <<http://nupps.usp.br/artigos/caderno2.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2011.
- PALERMO, Vicente. Como se governa o Brasil? O debate sobre instituições políticas e gestão de governo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 3, p. 521-557, 2000.
- PESSANHA, Charles. O Poder Executivo e o processo legislativo nas constituições brasileiras: teoria e prática. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora da Universidade Federal de Minas Gerais, p. 141-194, 2002.
- PRZEWORSKI, Adam. *Sobre o desenho institucional do estado: Uma perspectiva agent x principal*. In: PEREIRA, Bresser (Org.). *Reforma do Estado e administração pública gerencial*. Rio de Janeiro: FGV, p. 39-73, 1998.
- REIS, Elisa Pereira. Reflexões leigas para a formulação de uma agenda de pesquisa em políticas públicas. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 51, p. 11-14, 2003. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092003000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092003000100002)>. Acesso em: 18 out. 2011.
- RUA, Maria das Graças. Desafios da administração pública brasileira: governança, autonomia, neutralidade. *Revista do Serviço Público*, Brasília: ENAP, ano 48, n. 3, p. 133-152, 1997.
- SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, governança e democracia: criação de capacidade governativa e relações Executivo-Legislativo no Brasil pós-constituente. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 40, n. 3, 1997. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581997000300003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581997000300003)>. Acesso em: 29 jun. 2011.
- SILVA, Sidney Jard da; CORTEZ Rafael. Interação sindicalismo-governo na reforma previdenciária brasileira. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 145-171, 2007.
- SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas Públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, p. 65-86, 2007.
- \_\_\_\_\_. “Estado do campo” da pesquisa em políticas públicas no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 17-18, 2003.
- SOUZA, Waldir da Silva. *Associações de usuários e familiares frente à implantação da política de saúde mental no município do Rio de Janeiro (1991-1997)*. 1999, 176 fl. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Escola Nacional de Saúde Pública, Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro. Disponível em: <<portalteses.icict.fiocruz.br/pdf/FIOCRUZ/1999/souzawsm/capa.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2011.
- TENÓRIO, Fernando. A reforma psiquiátrica brasileira, da década de 1980 aos dias atuais: histórias e

**680** : ARENAS DE PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS: A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL

conceitos. *Revista História Ciências Saúde*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 25-59, 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702002000100003&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-59702002000100003&script=sci_abstract&tlng=pt)>. Acesso em: 8 set. 2011.

Universidade Federal do Pará  
Avenida Augusto Corrêa, S/N  
Cidade Universitária - 66075-110  
Belém - PA - Brasil  
[jcaubyj@ufpa.br](mailto:jcaubyj@ufpa.br)

*João Cauby de Almeida Júnior*

PRÓ-REITOR DE DESENVOLVIMENTO E GESTÃO DE PESSOAL  
DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ

## CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Walter Claudius Rothenburg

CONSTITUTIONALITY AND CONVENTIONALITY  
OF THE BRAZILIAN AMNESTY LAW

### RESUMO

A LEI DE ANISTIA BRASILEIRA (LEI N. 6.683/1979) FOI OBJETO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. ENQUANTO O STF CONSIDEROU A LEI COMPATÍVEL COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988, A CIDH CONSIDEROU-A INCOMPATÍVEL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, POR ENTENDER QUE AS GRAVES VIOLAÇÕES A DIREITOS HUMANOS PRATICADAS POR AGENTES DA DITADURA NÃO PRESCREVEM E DEVEM SER INVESTIGADAS E PUNIDAS. IMPORTA DEFINIR O ÂMBITO DA JURISDIÇÃO INTERNA E DA INTERNACIONAL, E A POSSIBILIDADE DE CONCILIAÇÃO. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA FORAM UTILIZADAS EM UMA ABORDAGEM ANALÍTICO-DEDUTIVA, EM QUE SE VERIFICOU QUE O STF AINDA PODE RECONHECER E DAR CUMPRIMENTO À DECISÃO INTERNACIONAL. A AFIRMAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MEMÓRIA, À VERDADE E À REPARAÇÃO, QUE CARACTERIZAM A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, IMPÕE A INVALIDADE DA LEI DE ANISTIA.

### PALAVRAS-CHAVE

ANISTIA; CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE; CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE; CRIMES CONTRA A HUMANIDADE; JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

### ABSTRACT

THE BRAZILIAN AMNESTY LAW (N. 6.683/1979) WAS THE SUBJECT OF JUDICIAL REVIEW BY THE SUPREME COURT AND CONTROL OF CONVENTIONALITY BY THE AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. WHILE THE SUPREME COURT RULED THE LAW COMPATIBLE WITH THE CONSTITUTION OF 1988, THE ACHR CONSIDERED IT INCOMPATIBLE WITH THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS, FOR SERIOUS HUMAN RIGHTS VIOLATIONS COMMITTED BY AGENTS OF THE DICTATORSHIP DO NOT PRESCRIBE AND SHOULD BE INVESTIGATED AND PUNISHED. IT IS IMPORTANT TO DEFINE THE SCOPE OF THE DOMESTIC AND INTERNATIONAL JURISDICTION, AND THE POSSIBILITY OF CONVERGENCE BETWEEN THE DECISIONS. DOCTRINE AND JURISPRUDENCE WERE USED IN AN ANALYTIC-DEDUCTIVE APPROACH, WHICH FOUND THAT THE SUPREME COURT CAN STILL RECOGNIZE AND COMPLY WITH THE INTERNATIONAL DECISION. THE ASSERTION OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO MEMORY, TO TRUTH AND REPARATION, WHICH CHARACTERIZE TRANSITIONAL JUSTICE, REQUIRES THE INVALIDITY OF THE AMNESTY LAW.

### KEYWORDS

AMNESTY; CONSTITUTIONALITY CONTROL; CONVENTIONALITY CONTROL; CRIMES AGAINST HUMANITY; TRANSITIONAL JUSTICE

*A luta do homem contra o poder é a luta da memória contra o esquecimento.*

MILAN KUNDERA

## I DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL:

### ESTRANHAMENTO EM RELAÇÃO À LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

Os encontros e desencontros entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional (perceba-se que a própria sequência em que agora foram apresentados os dois ramos jurídicos denuncia alguma tendência subconsciente ou velada deste constitucionalista) projetam-se no confronto entre o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade de que é objeto a Lei de Anistia brasileira (Lei n. 6.683/1979).

Em 29 de abril de 2010, o Supremo Tribunal Federal rejeitou, por *maioria expressiva* de votos, a inconstitucionalidade da Lei 6.683/1979, ao julgar improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153/DF. Porém, logo em seguida, em 24 de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, julgou, *por unanimidade*, a Lei de Anistia brasileira contrária à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, 1969).

A respeito desse caso internacional, lembram Sabadell e Dimoulis (2011, p. 85) que,

[e]m 1995, as ONGs Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e o Human Rights Watch/Americas deram início a um procedimento ante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos visando a abertura de um processo frente a Corte Interamericana, em nome dos desaparecidos da guerrilha do Araguaia e seus familiares.

Completa Carvalho Ramos (2011) que

[s]omente em 2009, a Comissão processou o Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sustentando que o Brasil violou a Convenção Americana de Direitos Humanos (tratado ratificado em 1992 pelo Estado), devendo responder pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e camponeses da região como resultado de operações do Exército empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar brasileira (1964 – 1985).

Com as decisões divergentes do Supremo Tribunal e da Corte Interamericana, instaurou-se uma desinteligência acerca da validade daquela lei.

Todavia, o autor da ADPF 153/DF, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, opôs embargos de declaração em razão de supostas contradições e omissões da decisão interna. Tais embargos oferecem ao Supremo Tribunal Federal excelente

oportunidade para pronunciar-se acerca do confronto entre sua decisão de inconstitucionalidade e a decisão de inconvenção (incompatibilidade com as normas internacionais de tratados) proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

O objetivo dessa reflexão não é a crítica à decisão do Supremo Tribunal Federal, que aceitou a conformidade da Lei n. 6.683/1979 à Constituição brasileira<sup>1</sup> (decisão que deve ser tomada por definitiva); mas sim a possibilidade e oportunidade de alinhamento do Supremo Tribunal Federal à decisão posterior da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por diverso fundamento.

Os juízos de constitucionalidade e convencionalidade inauguram circuitos relativamente diversos e independentes, sendo possível que o Supremo Tribunal Federal afirme a compatibilidade da Lei n. 6.683/1979 com a Constituição brasileira de 1988 e que a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirme a incompatibilidade da Lei de Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Como esclarecem Favoreu e outros (2001, p. 164), “não há correlação absoluta entre os dois níveis, ainda que seja recomendável que ela exista tendo em conta uma preocupação de coerência e harmonização das duas ordens jurídicas, interna e internacional”.

A Constituição brasileira não veda (e tal vedação não teria validade no âmbito internacional) que se realize o controle de convencionalidade por corte internacional, ainda que o mesmo ato tenha sido objeto de controle de constitucionalidade em âmbito interno. Ao contrário, é possível afirmar que nossa Constituição admite e até estimula essa abertura, em dispositivos que:

- Estabelecem como princípios das relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II) e a “solução pacífica dos conflitos” (art. 4º, VII);
- Não excluem outros “direitos e garantias” fundamentais decorrentes dos tratados internacionais (art. 5º, § 2º) e atribuem a estes a possibilidade de serem aprovados com equivalência às emendas constitucionais (art. 5º, § 3º);
- Acatam a “jurisdição de Tribunal Penal Internacional” (art. 5º, § 4º) e pugnam “pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos” (art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias);
- Autorizam o deslocamento de competência para a investigação e julgamento de graves violações de direitos humanos, “com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos” (art. 109, § 5º).

A Constituição brasileira também não afirma sua própria superioridade incontrastável, que seria incompatível com o reconhecimento que faz ao Direito Internacional.<sup>2</sup>

## **2 DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO INTERNACIONAL DE MÃOS**

### **DADAS E ATADAS: CONSTITUCIONALIDADE X CONVENCIONALIDADE**

O controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade têm algo em comum e algo de distinto. Trata-se de um mesmo fenômeno de aferição de conformidade a um parâmetro, o que, no universo do Direito, significa aferir a validade de um ato em vista dos padrões de juridicidade. O controle de constitucionalidade verifica se um ato é compatível com a Constituição, enquanto o controle de convencionalidade verifica se um ato é compatível com a convenção (tratado) internacional.

Apesar de ambas as modalidades de controle serem versões de um mesmo fenômeno e fruto da mesma lógica (ROTHENBURG, 2010, p. 30), podem chegar a resultados diversos. Um ato pode ser considerado válido do ponto de vista constitucional, ou seja, ser aprovado pelo controle de constitucionalidade, mas inválido do ponto de vista convencional, ou seja, ser reprovado pelo controle de convencionalidade. Ou vice-versa: apesar de considerado compatível com o parâmetro convencional, o ato pode ser tido como incompatível com o parâmetro constitucional. “Uma lei contrária a um tratado não é por isso contrária à Constituição”, já teve oportunidade de afirmar o Conselho Constitucional francês (FAVOREU et al., 2001, p. 167).

É o que se passa com a Lei n. 6.683/1979, cuja incompatibilidade com a Constituição brasileira de 1988 foi rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal, mas foi reconhecida como incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Contudo, ambos os fundamentos, de Direito interno e de Direito Internacional, são requeridos para a validade de um ato, ou seja, o ato deve ser conforme a Constituição de determinado Estado e conforme o(s) tratado(s) internacional(is) para ser considerado válido. A incompatibilidade com algum desses parâmetros é suficiente para que o ato seja destituído de validade. Essa é a tendência do mundo contemporâneo, em que o Direito Internacional afirma-se por ser cada vez mais conhecido e cada vez mais praticado, e torna-se uma exigência tão grave quanto o Direito Constitucional. Não se tolera que um ato subsista à avaliação de sua incompatibilidade com as normas internacionais (convencionalidade). Entretanto, também não se abdica da necessidade de conformidade do ato com a Constituição, no âmbito mais específico de cada Estado. O ato deve sustentar-se tanto em termos de constitucionalidade quanto de convencionalidade.

A análise em âmbito interno da compatibilidade de um ato com a Constituição normalmente não suscita reflexões acerca da convencionalidade. O que pode acontecer e ocorre com cada vez mais frequência é a invocação, quando do controle de constitucionalidade, de situações semelhantes no Direito Internacional (e no Direito de outros Estados), bem como da jurisprudência das cortes internacionais (e das cortes estrangeiras). Uma influência recíproca, certamente impulsionada pela facilidade de comunicação no mundo contemporâneo.

O Supremo Tribunal Federal não realiza controle “abstrato” de convencionalidade.<sup>3</sup> Apenas quando as normas internacionais são incorporadas ao sistema constitucional e passam a integrar o bloco de constitucionalidade (como se dá, por exemplo, com os tratados internacionais de direitos humanos aprovados internamente com o procedimento das emendas constitucionais, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição) é que servem de parâmetro – mas, ainda assim, ao controle de constitucionalidade.

Embora as peculiaridades de cada ordenamento jurídico interno sustentem um controle de constitucionalidade que prescinde, as mais das vezes, de uma reflexão acerca da compatibilidade do ato questionado com as normas internacionais, ocorre uma comunicação cada vez mais frequente e intensa entre os vários ordenamentos jurídicos internos, e destes com o Direito Internacional. A validade jurídica então já não se basta com a Constituição. Foi-se o tempo em que pouco importavam as normas de Direito Internacional nas análises jurídicas internas, em que se considerava suficiente (ou simplesmente exclusivo) o controle de constitucionalidade, ou seja, em que a Constituição era tida como “começo jurídico absoluto” (SABADELL; DIMOULIS, 2011, p. 84).

A interlocução do Direito Constitucional interno e estrangeiro, e destes com o Direito internacional, traduz um “diálogo de fontes” que, em termos de Direito Constitucional, é referido como “interconstitucionalismo” (CANOTILHO, 2006, p. 266), “transconstitucionalismo” (NEVES, 2009, p. 242 e s.) ou “cross-constitucionalismo” (TAVARES, 2009), e é apontado como uma das características do constitucionalismo contemporâneo (neoconstitucionalismo): a “tendência ‘expansiva’” do constitucionalismo, um “constitucionalismo transnacional” (ARAGON REYES, 2007, p. 38-39), “constitucionalismo supranacional” (PAGLIARINI, 2009, p. 126, com enfoque na experiência da União Europeia) ou – como tenho preferido dizer – um “constitucionalismo internacional”. Forma-se uma plataforma partilhada, com o “estabelecimento de uma espécie de ‘gramática’ jurídico-constitucional comum”, a partir da “aproximação cada vez maior entre as diversas ordens constitucionais nacionais”, como anota, com propriedade, Sarlet (2009, p. 167 e 168).

Aproveitam-se os documentos legislativos (leis) e as experiências judiciais (jurisprudência) alheias; aproximam-se inclusive os modelos institucionais (por exemplo, a existência de Cortes Constitucionais e suas homólogas Cortes Internacionais). A jurisprudência constitucional e a convencional influenciam-se reciprocamente; tendem a convergir em seus procedimentos, suas argumentações e suas decisões. Peter Häberle, na oportuna referência de Sarlet (2009, p. 169), fala da “triade dinâmica constituída de textos normativos, doutrina (teorias) e jurisprudência”, a partir da qual será possível pensar na “formação de um direito constitucional comum”.

A invocação dos textos normativos alienígenas e das decisões judiciais estrangeiras e internacionais sobre questões jurídicas semelhantes significa o emprego de fontes de Direito diversas daquelas do Direito interno. Em termos de sociologia jurídica – de

acordo com Sabadell (2005, p. 106-108) –, trata-se do fenômeno da “transferência de direito” ou “transplante jurídico”, que inclui o “empréstimo jurídico”.<sup>4</sup>

Uma consequência dessa interação, portanto, é a aproximação do resultado (e da própria fundamentação) dos controles de constitucionalidade e de convencionalidade. O conhecimento da realidade de outros ordenamentos, a verificação de problemas comuns e o fato de se tratar, tanto em âmbito interno quanto externo, de uma abordagem jurisdicional, mais a influência doutrinária recíproca, provocam decisões judiciais semelhantes.

A jurisdição constitucional brasileira vem utilizando com cada vez mais frequência o “argumento” do Direito estrangeiro e do Direito Internacional, o que revela a importância dessa invocação como estratégia para conferir densidade e capacidade de persuasão ao discurso jurídico. Designo isso como o *uso retórico (ou argumentativo) do Direito estrangeiro e do Direito Internacional*. Decisões relevantes e relativamente recentes do Supremo Tribunal Federal não apenas referem o Direito Internacional como alinham-se ao que é decidido pelas Cortes Internacionais.

Vejam alguns evocativos exemplos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em diversos campos do Direito. Advirto que não houve algum critério consistente na seleção das decisões. Busquei casos de repercussão em que lembrei existirem referências ao Direito estrangeiro ou ao Direito Internacional, ou aqueles em que, suspeitando havê-las, verifiquei-o.

- a) Reconhecimento da imprescritibilidade do crime de racismo por meio de publicação antissemita (*Habeas Corpus* 82.424-2/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 17/09/2003), com referência à “[a]desão do Brasil a tratados e acordos multilaterais”.
- b) Validade da penhora do bem de família do fiador no contrato de locação<sup>5</sup> (RE 407.688-8/SP, rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 08/02/2006), com referência, no voto do Min. Celso de Mello, ao art. 25.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos.<sup>6</sup>
- c) Necessidade de individualização da pena em face do regime integral de cumprimento em regime fechado (HC 82.959-7/SP, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23/02/2006),<sup>7</sup> com referência, no voto do Min. Cezar Peluso, ao art. 5.6 do Pacto de São José da Costa Rica.<sup>8</sup>
- d) Proibição da exigência de prisão para recorrer da condenação (HC 89.754-1/BA, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13/02/2007), com referência ao art. 7.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.<sup>9</sup>

- e) Validade da utilização de células-tronco embrionárias humanas produzidas por fertilização *in vitro* e não utilizadas, para fins de pesquisa e terapia (ADI 3.510/DF, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 28 e 29/05/2008),<sup>10</sup> com referência, no voto do Min. Menezes Direito, ao art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos;<sup>11</sup> no voto da Min. Cármen Lúcia, aos art. 10 e 11 da Declaração Universal de Direitos Humanos e à Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (UNESCO, 1998);<sup>12</sup> no voto do Min. Ricardo Lewandowski, ao art. 2.4 da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (UNESCO, 2005),<sup>13</sup> dentre outros.
- f) Invalidez da prisão civil do depositário infiel (*Habeas Corpus* 95.967-9/MS, rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 11/11/2008), com referência ao art. 11 do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (ONU, 1966)<sup>14</sup> e ao art. 7.7 da Convenção Americana de Direitos Humanos,<sup>15</sup> sendo especialmente relevante a decisão, tendo em vista que a Constituição brasileira prevê essa hipótese de prisão, ao lado da prisão civil do devedor de alimentos (art. 5º, LXVII).
- g) Proibição de importação de pneus usados ou remoldados (ADPF 101/DF, rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 11/03/2009), com referência, pelo autor (Presidente da República), à Convenção da Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e seu Depósito (1989).
- h) Validade da demarcação contínua da reserva indígena “Raposa-Serra do Sol” (Pet. 3.388/RO, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 19/03/2009), com referência, no voto da Min. Cármen Lúcia, à Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (ONU, 2007).
- i) Invalidez de restrições à imprensa<sup>16</sup> (ADPF 130/DF, rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30/04/2009), com referência, no voto do Min. Celso de Mello, à jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol e da Corte Europeia de Direitos Humanos.
- j) Invalidez da exigência de formação superior (universitária) para o exercício da profissão de jornalista (RE 511.961/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17/06/2009), com referência ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>17</sup> e à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.
- k) Validade da união civil de pessoas do mesmo sexo (ADI 4.277/DF e ADPF 132/RJ, rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 04-05/05/2011), com diversas referências ao Direito estrangeiro, inclusive da União Europeia, nos votos, por exemplo, do

relator, do Min. Gilmar Mendes e do Min. Celso de Mello, que cita os Princípios de Yogyakarta (Indonésia, 2006).<sup>18</sup>

Ainda que por tratar-se de um fenômeno relativamente recente e incipiente possa faltar rigor metodológico na utilização do Direito estrangeiro e do Direito Internacional pela jurisprudência (FIGUEIREDO, 2009, p. 68),<sup>19</sup> o fato é que o Supremo Tribunal Federal tem-se alinhado à tendência contemporânea de estabelecer um diálogo proveitoso com fontes normativas estrangeiras. Pode-se verificar, mais ainda, o respeito com que o Direito Internacional é acolhido, a ponto de se lhe conferir precedência para (re)orientar a jurisprudência nacional. Os casos da invalidade da prisão civil do depositário infiel e da invalidade da exigência de formação universitária para a prática do jornalismo demonstram a importância conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao Direito Internacional. A propósito do primeiro caso, anota Figueiredo (2009, p. 65) que se

revelou uma importante disposição do Supremo Tribunal Federal a estabelecer um diálogo constitucional com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, compreendendo que a proteção internacional dos direitos humanos deve ser acolhida por qualquer Tribunal evitando conflitos entre as diversas ordens jurídicas envolvidas.

O Direito Constitucional de diversos Estados assemelha-se e tende a caminhar de mãos dadas com o Direito Internacional, cuja generalidade e comunidade conferem-lhe certa primazia. Esse diálogo preferencial é facilitado por cláusulas de recepção contidas em Constituições contemporâneas, que Carvalho Ramos (2004) considera “cláusulas abertas” de compatibilização com os mandamentos internacionais”.

As Constituições de Portugal (1976) e da Espanha (1978) fornecem ilustração do reconhecimento expresso e da preferência dada ao Direito Internacional. Preceitua a Constituição portuguesa, sobre o “âmbito e sentido dos direitos fundamentais”: “Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.” (art. 16.2). Já a Constituição espanhola dispõe que “*las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*” (art. 10.2). Para Canotilho e Moreira (2007, p. 367), trata-se do “princípio da interpretação em conformidade com a Declaração Universal”.

O itinerário da influência do Direito Internacional sobre o Direito interno pode ser resumido sob a seguinte perspectiva otimista: de um modelo de desconhecimento ou de menosprezo, para um modelo retórico ou de reforço, então para um modelo

de aplicação e, finalmente, para um modelo de prevalência. Empolga-se Pagliarini (2009, p. 132-133), referindo-se a Kelsen, com a perspectiva de “um mundo em que o Direito das Relações Internacionais seria o elemento de validade de todas as outras ordens normativas”.

Não se trata, contudo – e é sempre importante ressaltar –, da impossibilidade de contrastar o Direito Internacional. O critério decisivo, também aqui, não é o da superioridade formal e apriorística de algum dos âmbitos do Direito, seja o interno, seja o internacional. Nem pruridos nacionalistas de uma defesa intransigente da soberania estatal, nem laivos universalistas de uma intrínseca bondade da comunidade das nações. Quanto ao Direito Internacional, Sabadell e Dimoulis (2011, p. 95) duvidam enfaticamente de sua virtude: “Quem compartilha essa crença não traz provas e muito menos explica a bondade do direito internacional”.

Importa verificar qual ordenamento melhor atende os direitos fundamentais. Especificamente no caso dos atos cruéis de repressão política cometidos por agentes investidos do poder de Estado no contexto de várias ditaduras latino-americanas, a aplicação dada à Convenção Americana de Direitos Humanos oferece um tratamento jurídico mais adequado que o apresentado com base na relutante legislação brasileira.

Tendo como foco o chamado direito à memória, à verdade e à reparação, podemos apontar as possibilidades do Direito Internacional, que:

- a) é capaz de apontar parâmetros avançados para orientar e constranger os Estados (*função indicativa do Direito Internacional*);
- b) é capaz de oferecer uma alternativa jurídica externa para a insuficiência do Direito interno (*função substitutiva do Direito Internacional*);
- c) é capaz de apresentar um quadro normativo próprio e distinto, talvez nem concorrente, do Direito interno (*função autônoma do Direito Internacional*).

Como anotam Weichert e Fávero (2009, p. 519),

[s]empre que o direito interno de um país (ou suas instituições) não for apto a punir os autores desses delitos [como os crimes contra a humanidade], deverá ser aplicado o direito internacional para garantir a responsabilidade pessoal do perpetrador da violação.

O reconhecimento da prioridade das decisões de Cortes internacionais, quando favoráveis aos direitos fundamentais, compete às mais diversas autoridades nacionais. Os órgãos judiciários internos devem aplicar diretamente tais decisões internacionais e não dependem, para tanto, da edição de lei pelo Parlamento, conforme já decidiu

a Corte Europeia de Direitos Humanos.<sup>20</sup> Não se deve confundir, assim, a validade interna do *texto normativo* (tratado, convenção...) de Direito Internacional, que está condicionado à internalização (normalmente por meio de lei do Poder Legislativo), com a validade interna das *decisões internacionais*, que pressupõem a validade dos textos normativos de Direito Internacional em que se baseiam, mas que não dependem de interposição legislativa e devem ser aplicadas diretamente, inclusive pelas autoridades judiciárias internas.

Mesmo com a intenção explícita de destacar essa tendencial harmonia entre o Direito Constitucional e o Internacional, não olvidemos da possibilidade de divergências, como ocorre com a avaliação da Lei de Anistia brasileira. Divergências que hão de ser superadas. No caso, as “mãos dadas” com que devem andar o Direito Constitucional (pela voz do Supremo Tribunal Federal) e o Direito Internacional (pela expressão da Corte Interamericana de Direitos Humanos) apresentam-se com “mãos atadas”. Com efeito, se o Supremo Tribunal Federal optasse pela alternativa radical de negar cumprimento à decisão da Corte Interamericana, deveria “declarar inconstitucional o reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana, forçando a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos pelo Brasil”, como aponta Carvalho Ramos (2011). Contudo, não deve ser essa a disposição do Brasil e de suas autoridades. Ademais, o inusitado rechaço à Convenção Americana não surtiria efeitos práticos específicos, haja vista que, ainda nas palavras de Carvalho Ramos,

[m]esmo a denúncia da Convenção Americana pelo Brasil (que entendemos ser impossível, dada a natureza materialmente constitucional desse tratado) não atingiria as sentenças já prolatadas contra o Brasil, que devem ser cumpridas, pois o artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos determina que ‘os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes’ (combinado com o artigo 78.2).

Tudo está a sugerir um alinhamento do Supremo Tribunal Federal ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem necessidade de infirmar o julgamento de improcedência da ADPF 153/DF. Basta reconhecer que de outro juízo se trata: a Corte Interamericana não desautorizou o Supremo tribunal Federal quando fez uma avaliação distinta da incompatibilidade da Lei n. 6.683/1979 com base na Convenção Americana de Direitos Humanos.

### 3 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADPF 153

A questão da dupla – e concorrente – avaliação da validade da Lei n. 6.683/1979 (Lei de Anistia) será apreciada a partir de uma abordagem estritamente jurídica,<sup>21</sup>

que não ignora a influência de outras perspectivas, como a política e a moral, mas que considera os parâmetros *normativos* de avaliação e as consequências normativamente previstas dos controles de validade (constitucionalidade e convencionalidade).

### 3.1 ANTERIORIDADE DAS NORMAS INCRIMINADORAS

Princípios jurídicos basilares para a aferição jurídica da Lei n. 6.683/1979 são o da legalidade (previsão normativa) e o da irretroatividade das leis incriminadoras, consagrados positivamente na Constituição brasileira de 1988,<sup>22</sup> na Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (1948)<sup>23</sup> e na Convenção Americana de Direitos Humanos (1969),<sup>24</sup> e admitidos com certo consenso pelos juristas, embora a aplicação e efetividade de tais princípios tenham sido desprezadas em diversos momentos da história.

No caso da Lei n. 6.683/1979, havia parâmetros internacionais de Direito positivo em vigor no Brasil que infirmavam sua validade.<sup>25</sup> Cite-se a Resolução n. 95, editada quando da primeira sessão da Assembleia Geral da ONU em 11 de dezembro de 1946, que confirmou “os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças de referido Tribunal”, sendo que esse estatuto formalizou os crimes contra a humanidade, “constituam ou não uma violação da legislação interna do país onde foram perpetrados”.<sup>26</sup> Citem-se também os “Princípios de Direito Internacional reconhecidos no Estatuto do Tribunal de Nuremberg e no julgamento do Tribunal”, editados em 1950 (com base na Resolução n. 177 (II), de 21 de novembro de 1947), dentre os quais o Princípio II: “O fato de o Direito interno não impor uma punição a um ato que constitui um crime segundo o Direito Internacional não exime a pessoa que cometeu o ato da responsabilidade perante o Direito Internacional”. Citem-se ainda as Resoluções n. 2.184 e n. 2.202, de 1966, que condenaram como crimes contra a humanidade “(i) a política de Portugal de violação dos direitos econômicos e sociais da população indígena de territórios estrangeiros sob seu domínio e (ii) a prática do *apartheid* pelo governo da África do Sul”; tais resoluções identificam a ocorrência de crime contra a humanidade “independentemente da existência de guerra ou de atentado à paz” (WEICHERT; FÁVERO, 2009, p. 518-520).

Ademais, já estávamos em 1964, duas décadas após a conflagração da Segunda Grande Guerra, e tanto a doutrina quanto a prática jurídicas reconheciam, do ponto de vista material, que “[n]unca uma norma jurídica permitiu a tortura, da mesma forma que ela continua não sendo permitida hoje” (SWENSSON JR., 2010, p. 34); do ponto de vista processual, era reconhecido o princípio da inafastabilidade da persecução das graves violações dos direitos fundamentais, a despeito de eventual resistência por parte de algum Estado. Não é razoável pretender que os agentes públicos que participaram do cometimento de graves violações a direitos fundamentais em repressão política não tivessem percepção do caráter criminoso de suas condutas.

Não devemos ignorar que o princípio da legalidade somente encontra sentido no Estado Democrático de Direito. Em regimes ou situações de arbítrio e menosprezo pelos direitos fundamentais, tal princípio não apenas perde seu sentido como serve ao oposto.

O Brasil é um dos fundadores da Organização das Nações Unidas e, portanto, deve adotar suas deliberações. No âmbito internacional, formam-se costumes com força cogente (*jus cogens*), uma espécie de norma jurídica que não está sujeita à “incorporação formal (via ratificação) ao direito interno brasileiro para poder ser aplicad[a] em conjunto com o direito interno” (WEICHERT; FÁVERO, 2009, p. 538). Embora o costume internacional possa ser considerado insuficiente para atender as rigorosas exigências de legalidade do Direito Criminal,<sup>27</sup> ele reforça e é reforçado pela existência de textos normativos internacionais como os anteriormente referidos. O Supremo Tribunal Federal reconhece a força cogente do costume internacional, inclusive com prevalência sobre o Direito interno, de que é ilustração a admissão da imunidade de jurisdição aos Estados estrangeiros, como quanto ao descabimento de reclamação trabalhista em face de representação diplomática no país (WEICHERT, 2009, p. 156).<sup>28</sup>

A admissão de normas jurídicas que definem crimes contra a humanidade e determinam a punição é importantíssima em uma perspectiva temporal relativa não apenas ao passado, mas também ao futuro. Quanto ao passado, essa admissão permite a responsabilização dos autores de graves violações a direitos fundamentais segundo padrões jurídicos reconhecidos como vigentes já à época dos acontecimentos. Quanto ao futuro, reforça a aceitação de tais padrões jurídicos em termos cada vez mais firmes e expandidos, o que contribui para a consolidação e o aprimoramento da democracia (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 174-175 – os autores tratam do “argumento histórico” e aludem a “parâmetros morais”).

Passa a ser menos importante a qualificação dos atos de repressão praticados por agentes públicos como “crimes políticos” ou “conexos com estes”, conforme dispõe a Lei n. 6.683/1979. Advirta-se, entretanto, para a polêmica a respeito. A doutrina de Direito Criminal costuma apontar, para a qualificação de um crime como político, a pretensão de desestabilização do Estado (do poder constituído); ora, no caso da repressão, o que se tem é justamente o contrário, vale dizer, a pretensão de manter e reforçar a estrutura de poder constituído, no sentido da preservação do regime (WEICHERT; FÁVERO, 2009, p. 550-554; WEICHERT, 2009, p. 140-142).

### 3.2 IMPRESCRITIBILIDADE E INSUSCETIBILIDADE DE ANISTIA

A Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, aprovada pela Assembleia da ONU em 1968, é um documento oficial previamente existente à boa parte do período coberto pela Lei de Anistia brasileira (2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979), e atende, portanto, à exigência da

anterioridade. Ocorre que também a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não é inovadora do ponto de vista jurídico, pois se apresenta como “a exteriorização formal de um conceito material que se consolidara através do costume internacional” (WEICHERT; FÁVERO, 2009, p. 532). Esse argumento supera a objeção da anterioridade parcial: já existia um consenso e uma prática jurídica internacionais no sentido da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade.

Havendo essa norma clara de Direito Internacional, também o argumento da falta de adesão expressa do Governo brasileiro não prospera. Com efeito, não seria razoável exigir que o regime de força da ditadura brasileira, representado pelo Governo oficial, reconhecesse expressamente todas as normas de Direito Internacional que poderiam comprometê-lo. A validade da manifestação de vontade de um Governo para a aceitação do Direito Internacional deve pressupor, também nesse aspecto, um regime democrático e representativo. A ausência de adesão por parte de um Governo ilegítimo não tem o condão de impedir a aplicação – quase necessariamente posterior à queda do regime espúrio – do Direito Internacional humanitário.

A revisão da interpretação a respeito da validade da Lei n. 6.683/1979 não é, assim, a pintura de um quadro anterior com cores atuais e distorsivas ou a manifestação irracional de um desejo psicótico de vingança. Os atos de repressão cometidos pelos agentes públicos caracterizavam crimes cuja punição ainda é devida e violações de direitos ainda reparáveis. Essa resposta jurídica nunca deixou de ser esperada e só não foi sempre ouvida porque as vozes eram abafadas.<sup>29</sup>

Mas não se deve desconsiderar a circunstância do momento no enfoque da justiça de transição, o que pode reclamar (re)configurações diversas. A interpretação jurídica da Lei de Anistia e do tratamento dado às violações de direitos fundamentais decorrentes da repressão política durante a ditadura militar não é imune ao tempo e depende, em muito, de um recuo temporal adequado. Nem o momento dos fatos, em que vigorava o regime de exceção, nem o momento imediatamente posterior, de transição muitas vezes complexa e frágil, oferecem condições e informações suficientes para interpretar o quadro jurídico com lucidez e liberdade. Carlos Nino (2006, p. 262) adverte que, na fase de transição, tentativas de perseguição dos responsáveis devem “equilibrar-se com a meta de preservar o sistema democrático”. Tavares e Agra (2009, p. 70 e 73) aludem à “constância dos fatores reais de poder” e lembram que a própria transição democrática deu-se “sob a direção de forças identificadas com o regime anterior”, razão por que “não houve condições fáticas para a punição dos que praticaram a tortura no período de exceção”.

Ao contrário da argumentação usualmente utilizada para justificar o instituto da prescrição, no sentido de que o passar do tempo apaga, no caso da justiça de transição o passar do tempo *esclarece* – e esclarece inclusive com a luz do Direito Internacional, que havia ficado ofuscado durante as trevas da ditadura.

A reação jurídica penal não deve ser descartada nesse contexto. Conquanto haja dificuldades óbvias derivadas do tempo decorrido, que dificulta a produção de provas, encontra pessoas idosas ou falecidas e provoca uma comoção social menos intensa, a importância da efetividade do Direito continua a estar na punição dos responsáveis, na satisfação dada às vítimas e seus próximos, no evitar a reprodução de atos semelhantes no futuro, no fomentar a cultura de respeito aos direitos fundamentais.

A impunidade potencializa a continuidade de desrespeito a direitos fundamentais. Neil Kritz afirma que a anistia “pode impedir a distinção entre o passado e o futuro, trazendo a cultura da impunidade e a continuação da violência ao presente” (SAMPAIO; ALMEIDA, 2009, p. 254). Assim, deixar de investigar e punir as violações passadas caracteriza por si uma violação, porque contribui para novas violações, sempre incentivadas pela ausência de respostas adequadas. Como assevera Carlos Nino (2006, p. 263), *“la omisión de un gobierno de investigar y perseguir violaciones de derechos humanos cometidas por un régimen anterior puede justamente ser categorizada como un abuso pasivo de derechos humanos si pone a esos bajo un riesgo futuro”*.

O Direito não deve resignar-se ao esquecimento, mas funcionar como importante instrumento da memória. O perdão e a renúncia à expectativa de ver punidos os agentes públicos violadores de direitos fundamentais não são um imperativo jurídico ou político,<sup>30</sup> conquanto possam estar impregnados de valor moral ou religioso.

São muito evocativas a propósito as considerações de Ost (2005, p. 173), que aponta para a controvérsia existente a respeito da anistia ou “amnésia institucional”. Citando Paul Ricoeur, Ost adverte para um preço muito alto a pagar, que envolve “todos os delitos do esquecimento”, inclusive “o risco de banalizar o crime ou ainda neutralizar todos os valores, bons ou maus, colocando-os lado a lado numa medida comum de clemência, como quando se anistia os antigos opositores para melhor anistiar os antigos opressores”. Certos graus de violação de direitos fundamentais são indelévels e não podem ser objeto de acordo político, de modo que nem pretensos representantes das vítimas dos crimes contra a humanidade praticados na repressão aos dissidentes nem as próprias vítimas poderiam renunciar validamente à punição jurídica (institucional) dos torturadores, estupradores, assassinos etc.

A expectativa dos oprimidos, perseguidos, torturados ou mortos, contudo, é muito importante. Afinal, em uma sociedade democrática, a anistia em relação a episódios da gravidade extrema dos crimes contra a humanidade não deve resumir-se a um ato oficial do Estado e não pode prescindir, em alguma medida, da aquiescência das vítimas, como acentuam Gutmann e Thompson (2004, p. 172-173). Os autores relatam a reação de uma mulher perante a Comissão da Verdade e Reconciliação da África do Sul após o regime de “apartheid”, ao ouvir o testemunho do assassinato de seu marido e ser indagada se conseguiria perdoar: “‘Nenhum governo pode perdoar.’ Pausa. ‘Nenhuma comissão pode perdoar.’ Pausa. ‘Somente eu posso perdoar.’ Pausa. ‘E eu não estou pronta para perdoar’”.

O suposto acordo entre atores sociais que teria propiciado a Lei de Anistia brasileira não contou com uma ampla participação da população ou sequer de muitas das pessoas diretamente interessadas e implicadas (refiro-me a tantas vítimas da repressão e seus familiares, por exemplo). Tal acordo (duvidoso) não se sustenta, pois, em termos de democracia deliberativa. Algum acordo talvez até fosse possível com base na “economia da discordância moral” (GUTMANN; THOMPSON, 2007, p. 23), que levasse em consideração e reduzisse as divergências, e que, no caso da anistia, recusasse-a aos crimes mais atrozes perpetrados por agentes públicos (GUTMANN; THOMPSON, 2004, p. 183). Mas a Lei de Anistia brasileira foi “ampla, geral e irrestrita”, com o provável propósito de albergar justamente as mais graves violações.

### 3.3 ILEGITIMIDADE DA LEI N. 6.683/1979

Pressuposto de validade da Lei n. 6.683/1979 é a legitimidade de sua promulgação e interpretação. Trata-se de aspecto de contornos menos objetivos do que a questão da projeção temporal (retroatividade) da lei e mais influenciado por considerações político-ideológicas, porém nem por isso infenso a uma análise jurídica. Leis advindas de um regime de força, com reduzidíssima representação popular, podem ter sua validade questionada por causa da origem espúria. Embora tal questionamento coloque em risco a segurança jurídica, não é razoável desprezar a necessidade de esteio democrático para um ordenamento jurídico. Por razões práticas, não se consegue infirmar todas as numerosas leis produzidas no período da ditadura militar, que disciplinam os aspectos mais comuns do cotidiano e provavelmente não seriam muito diferentes se o contexto político outro fosse. Não assim, todavia, com relação às normas que tratam diretamente da sustentação do regime de força e, com ainda mais evidência, àquelas que pretendem blindá-lo de crítica futura. Essas padecem irremediavelmente da falta de legitimidade.

A Lei de Anistia brasileira foi produzida e imposta pelos detentores do poder político (e militar) na ocasião. Sofre, assim, de vício de (i)legitimidade, pois o Congresso Nacional que a aprovou não pôde manifestar livremente a vontade dos parlamentares, nem esses foram capazes de representar minimamente as expectativas da sociedade brasileira. A mesma situação perdurava em 1985, quando foi feita aprovar a Emenda Constitucional 26, que pretendeu conferir gabarito de norma constitucional à anistia.

Uma observação incidental a respeito da vigência da Emenda Constitucional 26/1985. Conquanto tenha previsto a convocação da Assembleia Constituinte que produziu a atual Constituição, a Emenda Constitucional 26 foi revogada com o advento da Constituição de 1988 e provavelmente mesmo antes, quando a Constituinte definiu seus rumos em sentido parcialmente divergente e autônomo (PAGLIARINI, 2009, p. 117-118). Isso porque a Carta Constitucional anterior, de 1969, previa como cláusulas pétreas a federação e a república,<sup>31</sup> as quais deveriam subordinar a Emenda

Constitucional 26, mas que foram ignoradas pela Assembleia Constituinte e solenemente contrariadas pela previsão de um plebiscito sobre forma e sistema de governo (art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição de 1988).<sup>32</sup> Esse, portanto, poderia ter (re)instaurado a monarquia parlamentarista, embora seu resultado tenha mantido a república presidencialista. É possível, assim, sustentar que a Constituição de 1988 representou uma autêntica ruptura do ponto de vista jurídico, e seu processo de elaboração desvinculou-se do ato convocatório.

Se considerássemos a sucessão de normas, teríamos de concluir que a Lei n. 6.683/1979 fora revogada (absorvida) pela Emenda Constitucional 26/1985 que, por sua vez, foi também revogada pela Constituição atual. Entretanto, não foi esse o entendimento que prevaleceu por ocasião do julgamento da ADPF 153/DF, mas sim o de que a Lei n. 6.683 manteve-se sob a vigência da Emenda Constitucional 26/1985 e, posteriormente, foi recepcionada pela Constituição de 1988.

A interpretação que presidiu a aplicação da Lei n. 6.683/1979 desde o início, no sentido de que a anistia atingiria tão bem os opositores do regime quanto os agentes públicos da repressão, foi uma leitura *imposta*. O Poder Judiciário e os outros sujeitos envolvidos na aplicação oficial do Direito não tinham condições de adotar interpretação diversa, inclusive porque parte significativa de seus integrantes estava comprometida com o regime.

A influência dos detentores do poder político-militar dessa época ainda é presente, conforme advertem Sabadell e Dimoulis (2011, p. 82), ao afirmar que os agentes da ditadura (militares e grupos conservadores) “até hoje não admitem questionamentos da atuação das forças de segurança durante o regime militar, nem desejam reavaliar o papel dos políticos e intelectuais brasileiros, amplamente comprometidos com as instituições daquele período”. Os autores dão como exemplo a previsão legislativa mais recente de pagamento de indenizações a vítimas do regime, que seria uma estratégia de blindagem, uma vez que não responsabiliza diretamente os agentes da ditadura “e, por isso, não modifica[m] a opção política ‘anistiantes’” (SABADELL; DIMOULIS, 2011, p. 82).

É convincente, portanto, o argumento de que não se aceita a autoanistia conferida pelos detentores do poder político-militar a atos de repressão política, e que os atos praticados por agentes públicos em nome do Estado não devem ser incluídos entre os abrangidos pela Lei n. 6.683/1979. Conquanto o Supremo Tribunal Federal, ao analisar a conformidade da Lei de Anistia com a Constituição brasileira, não se tenha deixado convencer pelo argumento, a Corte Interamericana adotou-o, na linha de precedentes, ao declarar a incompatibilidade da Lei n. 6.683 com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Assim, sob uma perspectiva internacionalista, a Lei de Anistia brasileira não se sustenta por um vício material e por um vício de origem. O vício material refere-se ao conteúdo dessa lei: graves violações a direitos fundamentais caracterizam-se como

crimes contra a humanidade, que não são passíveis de anistia. Também materialmente, então, há uma ilegitimidade: os direitos humanos representam um mínimo ético que constitui o Direito, ou, como atestam Sampaio e Almeida (2009, p. 261), “o conteúdo ético passou a compor o direito como condição de legitimidade”.

O vício de origem refere-se à falta de legitimidade subjetiva: ainda que sejam tidos por políticos, tais atos (crimes) não podem ser anistiados por uma legislação espúria, cujos autores e intérpretes oficiais não tinham competência validamente outorgada para editá-la e aplicá-la. Lembra Weichert (2009, p. 147-148) que, quando editada a Lei n. 6.683/1979, “o país ainda estava sob o regime ditatorial. O Congresso Nacional estava mutilado pelas cassações e vivia sob a ameaça do recesso por ordem presidencial, conforme ocorrera apenas dois anos antes (‘pacote’ de abril de 1977 – Ato Complementar n. 102)”; além disso, houve eleição indireta para um terço do Senado – os “senadores biônicos”, que não passavam de “apadrinhados do governo”.

### 3.4 A DIMENSÃO TRANSTEMPORAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

NÃO SE PODE RIFAR O DIREITO AO PASSADO (DIREITO À MEMÓRIA, À VERDADE E À REPARAÇÃO) Sendo certo que os direitos fundamentais apresentam-se sempre com atualidade em cada época presente e têm como porta-voz cada geração, eles, porém, também engajam futuro e passado e suscitam compromissos entre gerações: a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos são pactos intergeracionais.

Embora a dimensão “transtemporal” dos direitos fundamentais seja mais frequentemente relacionada ao futuro, como é o caso do direito fundamental a um ambiente ecologicamente equilibrado, ela compreende também uma perspectiva retrospectiva. As pessoas (e quem sabe outros seres) que tiveram existência histórica são titulares de direitos fundamentais, ainda que não os possam articular (reivindicar política e juridicamente, por exemplo) por razões óbvias; isso fica por conta de sujeitos atuais (indivíduos, associações, instituições oficiais etc.).

As gerações passadas são sujeitos de direitos fundamentais e continuam legítimos representantes da humanidade, tendo direito a que os conheçamos, conservemos suas experiências, compreendamos suas mensagens, atentemos para suas advertências ou simplesmente respeitemos sua existência histórica e permanência. Nós, do presente e do futuro, somos depositários responsáveis pela guarda daquilo que a todos pertenceu, pertence e pertencerá.

A “justiça de transição” suscita a dimensão transtemporal dos direitos fundamentais. Dimoulis (2009, p. 11-12), com base em Jon Elster, define a justiça de transição como “um processo de julgamentos, depurações e reparações que se realizam após a mudança de um regime político para um outro”. São apontadas três finalidades:

- a) “satisfazer as vítimas” com reparações materiais (“indenizações, aposentadorias, reintegração ao serviço público, anulação de condenações”) e morais (“pedido de

desculpas por autoridades estatais, abertura de arquivos, identificação dos agentes de repressão”);

- b) “pacificar a sociedade”;
- c) “evitar que se repita tal experiência”, por meio de “reformas do Estado, campanhas de esclarecimento da opinião pública (...) e atos simbólicos de resgate da memória (monumentos, museus, exposições, instituição de datas comemorativas)”.

Compõem a justiça de transição direitos fundamentais do passado (memória), do presente (verdade) e do futuro (reparação), mas a memória é um legado (futuro), a verdade é um esclarecimento do passado e a reparação é um dever do presente; assim como a memória recebe sempre uma leitura presente do passado para o futuro, a verdade também é um testemunho para o futuro e a reparação é uma resposta para o passado, a mostrar o cruzamento intermodal desses aspectos.

Sob um enfoque político, pode-se, portanto, questionar a legitimidade de acordos que pretendem negociar direitos fundamentais gravemente violados no passado, mesmo quando algumas vítimas já não vivem mais. Sob um enfoque jurídico, pode-se questionar a validade de leis que pretendem neutralizar o caráter ilícito de graves violações a direitos fundamentais praticadas pela ditadura militar brasileira e que atingem inclusive os hoje mortos e de desaparecidos.

Especificamente quanto ao direito à verdade, integra ele, reconhecidamente, “o catálogo dos direitos humanos no plano internacional”, tendo sido reconhecido pela UNESCO (o órgão da Organização das Nações Unidas para a Cultura) o “direito dos povos à integridade de sua memória escrita. As nações têm um direito, mas também um dever de preservar sua memória” – apontam Sampaio e Almeida (2009, p. 259).

### **3.5 COMPETÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

É preciso verificar, ainda, a competência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a violações cometidas no passado. É certo que o Brasil aceitou a jurisdição internacional da Corte somente em 1998,<sup>33</sup> como também é claro que essa aceitação deu-se com a ressalva expressa de que somente poderiam ser apreciados os “fatos ocorridos a partir do reconhecimento”.<sup>34</sup> O óbice temporal à jurisdição da Corte Interamericana não significa, porém, uma impossibilidade absoluta de análise da questão. Se a Corte não tem competência para apreciar os acontecimentos anteriores àquele período, cabe a ela julgar o que se fez ou se deixou de fazer depois – incluindo o presente – em relação aos crimes contra a humanidade então praticados e que são imprescritíveis.

Valiosos precedentes da mesma Corte indicam que “a ausência de investigação e persecução penal dessas condutas após essa data são, também, violações aos direitos

humanos e aos compromissos assumidos pelo País na Convenção. E, sobre eles, a Corte tem competência para se pronunciar” (WEICHERT, 2009, p. 158-162).<sup>35</sup> O caráter permanente de alguns crimes então praticados (como a ocultação de corpos) e a omissão do Estado em investigar e punir tais atrocidades são condutas presentes, cuja atualidade autoriza a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

### 3.6 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Sabemos, contudo, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 153/DF, reconheceu a validade da Lei n. 6.683/1979 em relação à Constituição de 1988. Entendeu que:

- a) as normas internacionais que serviriam de parâmetro interno para o contraste da Lei de Anistia (especialmente a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes) são posteriores (ou foram internalizadas posteriormente) e não vigoravam no Brasil à época. O Min. Cezar Peluso afirmou que, “[à]quela época, não havia, como hoje há, nenhum obstáculo de ordem constitucional nem legal para que o legislador estendesse a anistia aos crimes de qualquer natureza”;
- b) a invocação de tais normas em face de uma lei de efeitos instantâneos (“lei-medida”), como é a Lei n. 6.683/1979, configura aplicação retroativa de lei mais gravosa, o que é vedado pela Constituição;
- c) as violações perpetradas pelos agentes públicos durante a ditadura eram “crimes conexos” a que alude a Lei n. 6.683/1979, devendo a interpretação considerar “o momento histórico da sanção da lei”;
- d) a questão da prescrição somente teria relevância se fosse afirmada a existência de crimes, por força do afastamento da aplicação da Lei n. 6.683/1979, e que, ademais, a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade (ONU, 1968) não tem vigência no Brasil, que a ela não aderiu. O Min. Gilmar Mendes lembrou que a jurisprudência brasileira considera que a superveniência da instituição da imprescritibilidade “não se aplica aos crimes já praticados”;
- e) não houve autoanistia, mas sim um amplo acordo político (“transição conciliada”), em que os vários atores sociais envolvidos participaram “de boa-fé”.<sup>36</sup> O Min. Celso de Mello extrai da pretensa bilateralidade da Lei n. 6.683/1979 (lei esta que não caracterizaria uma autoanistia) o diferencial a afastar os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se refeririam a leis latino-americanas de anistia unilateral;

- f) a Lei n. 6.683/1979 foi devidamente aprovada pelo Congresso Nacional e que a “legitimidade política” deveria ser considerada então “em termos de paz social”, em um “processo de participação da sociedade civil” (Min. Cármen Lúcia), sendo que a Lei n. 6.683 “nasceu de um acordo costurado por quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrar um pacto nacional” (Min. Cezar Peluso);
- g) a Emenda Constitucional 26/1985 (logo, a anistia a que se refere) integra a ordem constitucional vigente, pois faz parte do processo constituinte originário, uma vez que foi por meio dessa Emenda que se convocou a Assembleia Constituinte.<sup>37</sup> A propósito da suposta ilegitimidade do Congresso Nacional que aprovou a Emenda Constitucional 26, a Min. Cármen Lúcia rechaçou o argumento, sob a alegação de que senão “poderíamos chegar a questionar a própria Constituição de 1988”.

Em um ponto, porém, a decisão do Supremo Tribunal Federal acolhe uma expectativa em relação à “época negra” a que corresponde a última ditadura militar brasileira: afirma o direito fundamental de acesso a informações sobre o período. “Impõe-se [lê-se na parte final do acórdão] o desembaraço dos mecanismos que ainda dificultam o conhecimento do quanto ocorreu no Brasil durante as décadas sombrias da ditadura.” Esse aspecto, no entanto, não tem a ver diretamente com a Lei n. 6.683/1979, vez que o próprio Supremo Tribunal Federal assentou que a Lei de Anistia “não se qualifica como obstáculo jurídico à recuperação da memória histórica e ao conhecimento da verdade” (Min. Celso de Mello).

O estabelecimento da democracia será sempre uma empreitada provisória. O Direito tem a contribuir com a estabilização (garantia) do que se considere “conquista” e “aperfeiçoamento”, mas sem impedir – ao contrário, com vistas a promover – novas perspectivas. A revisão de leis espúrias e a criação de leis adequadas apresentam momentos da experiência democrática. Nesse sentido, não há verdades absolutas e definitivas,<sup>38</sup> senão uma incessante e séria busca, em primeiro lugar, por informações, e, em seguida, pela avaliação de sua correção (correspondência com a realidade), bem como um compromisso com a denúncia e reparação das injustiças cometidas. A recente promulgação da Lei n. 12.528/2011, que institui a Comissão Nacional da Verdade, participa desse processo alvissareiro.

#### **4 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECENDO A DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: AUTORIDADE INABALADA**

A decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* não infirma a avaliação do Supremo Tribunal Federal quanto à compatibilidade da Lei n. 6.683/1979 com a Constituição brasileira de 1988. Nem poderia ser afrontada a

autoridade da Corte Suprema do Brasil, haja vista que lhe compete a análise da validade constitucional: o Supremo Tribunal Federal não realiza – nem pretendeu realizar na ADPF 153/DF – um exame objetivo (“abstrato”) da Lei n. 6.683/1979 à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos; essa competência internacional cabe somente à Corte Interamericana.

A manifestação do Procurador-Geral da República na ADPF 153/DF – que foi acatada pelo Supremo Tribunal Federal –, no sentido de que “as cláusulas de compromisso, firmadas nesse processo [constituente], [devem ser] respeitadas sob a nova ordem constitucional, sob pena de negar-se ao Direito a força que possui de integração social e de estabilizador das expectativas gerais de comportamento. / Especialmente quando essas cláusulas se tornam normas jurídicas, como sucedeu com a Lei de Anistia”, igualmente não se contrapõe àquela decisão internacional. O pronunciamento do Chefe do Ministério Público da União traduz uma avaliação positiva acerca da recepção da Lei n. 6.683/1979 pela Constituição de 1988 (ou seja, um juízo de constitucionalidade) que de forma alguma é desmerecido pela conclusão da Corte Interamericana de Direitos Humanos. O Procurador-Geral da República também não teceu considerações acerca da convencionalidade da Lei de Anistia, nem adentrou, portanto, o âmbito de jurisdição (internacional) da Corte Interamericana.

Porém, como as conclusões judiciais situam-se em âmbitos diversos e não colidentes (o plano interno do Supremo Tribunal Federal e o plano internacional da Corte Interamericana), é preciso compatibilizar os pronunciamentos divergentes. Essa compatibilização será feita com o acatamento da decisão mais recente da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a invalidade da Lei n. 6.683/1979.

Tendo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil oposto embargos de declaração ao acórdão da ADPF 153/DF, abriu-se uma excelente oportunidade para que o Supremo Tribunal Federal pudesse esclarecer o alcance de sua decisão. Uma “obscuridade superveniente” advinda do pronunciamento posterior da Corte Interamericana poderá ser altivamente superada por manifestação do Supremo Tribunal alinhando-se à jurisdição interamericana.

Por esse viés, será reforçada a autoridade do Supremo Tribunal Federal enquanto guardião maior da Constituição brasileira, pois se *oportunizará ao próprio Supremo Tribunal Federal* que explicita o âmbito nacional de sua jurisdição (atinenta à constitucionalidade da Lei n. 6.683/1979) e o âmbito internacional da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (atinenta à inconveniência da Lei n. 6.683/1979). Conhecer dos embargos para dar-lhes provimento e determinar a observância do quanto decidido em termos de compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana será, portanto, uma afirmação soberana de autoridade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ao acolher os embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal estará, a um tempo, integrando sua própria decisão relativa à ADPF 153/DF e executando a decisão

da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*. O oportuno esclarecimento do Supremo Tribunal Federal representará o exato cumprimento de determinação constante da decisão da Corte Interamericana, no sentido de que “o Estado deve conduzir eficazmente a investigação penal dos fatos do presente caso, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei disponha”.<sup>39</sup> Nessa medida, o importante reconhecimento da decisão da Corte Interamericana pelo próprio Supremo Tribunal Federal será já *uma etapa do cumprimento dessa decisão*. Direito Constitucional e Direito Internacional saberão ser magistralmente compatibilizados pela Corte Suprema do Brasil.

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 27/08/2012

#### NOTAS

1 Veja-se uma crítica da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153/DF em (WEICHERT, 2009(2)), crítica à qual adiro.

2 São contra Sabadell e Dimoulis (2011, p. 86). Os autores sustentam que “a decisão da Corte interamericana não tem o condão de afastar uma decisão do STF em sede de ADPF” e que a Lei n. 9.882/1999, que regulamenta a ADPF, contém a determinação de que tal decisão “terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público” (art. 10, § 3º).

3 Sarmiento (texto inédito, 2011) anota: “Não houve manifestação do Plenário do STF sobre afronta ao Pacto de San Jose da Costa Rica, porque este, de acordo com a orientação jurisprudencial da Corte, não integra o nosso bloco de constitucionalidade, revestindo-se de hierarquia supralegal, mas infraconstitucional... Portanto, não era da competência da Corte Suprema apreciar esta questão, tendo em vista que, ao julgar uma ADPF, o STF exerce o controle de constitucionalidade dos atos normativos, mas não fiscaliza a sua convencionalidade.”

4 Para a autora (p. 106), a definição de “empréstimo jurídico” é restrita ao Direito estrangeiro, ou seja, não comporta o Direito Internacional: a “assimilação voluntária de determinadas normas provenientes do direito de outras nações”.

5 Lei n. 8.009/1990, art. 3º, VII.

6 “Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança, em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.”

7 Decidiu-se pela inconstitucionalidade da Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072/1990), art. 2º, § 1º.

8 “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

- 9 “Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrários.”
- 10 Decidiu-se pela constitucionalidade do art. 5º da Lei n. 11.105/2005 (Lei da Biossegurança).
- 11 “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” Note-se que o Min. Menezes Direito foi voto vencido pela inconstitucionalidade.
- 12 “Art. 10. Nenhuma pesquisa do genoma humano ou das suas aplicações, em especial nos campos da biologia, genética e medicina, deverá prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana de pessoas ou, quando aplicável, de grupos de pessoas”; “Art. 11. Não é permitida qualquer prática contrária à dignidade humana, como a clonagem reprodutiva de seres humanos. Os Estados e as organizações internacionais pertinentes são convidados a cooperar na identificação dessas práticas e na implementação, em níveis nacional ou internacional, das medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.” Note-se que a Min. Cármen Lúcia votou pela constitucionalidade.
- 13 “[A presente Declaração tem os seguintes objetivos:] reconhecer a importância da liberdade de investigação científica e dos benefícios decorrentes dos progressos da ciência e da tecnologia, salientando ao mesmo tempo a necessidade de que essa investigação e os consequentes progressos se insiram no quadro dos princípios éticos enunciados na presente Declaração e respeitem a dignidade humana, os direitos humanos e as liberdades fundamentais.” Note-se que o Min. Ricardo Lewandowski votou pela constitucionalidade, porém sob diversos condicionamentos.
- 14 “Ninguém poderá ser preso apenas por não poder cumprir com uma obrigação contratual.”
- 15 “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”
- 16 Decidiu-se pela não recepção da Lei n. 5.250/1967.
- 17 Sobre a “Liberdade de pensamento e de expressão”.
- 18 Resultantes de conferência da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos. O Princípio 24 dispõe: “Toda pessoa tem o direito de constituir uma família, independente de sua orientação sexual ou identidade de gênero. As famílias existem em diversas formas. Nenhuma família pode ser sujeita à discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros.”
- 19 O autor alude à bricolagem (“bricolage”), em que o intérprete tem predisposição para utilizar outras fontes normativas, mas “recorre a experiências estrangeiras de maneira mais ou menos aleatória” (Luiz Magno Pinto Bastos Júnior).
- 20 Acórdão *Vermeira v. Bélgica* (1991), sobre a “revisão do Código Civil belga para estender o direito de suceder aos filhos nascidos fora do vínculo matrimonial” (FIGUEIREDO, 2009, p. 66-67).
- 21 Veja-se tal preocupação com um enfoque especificamente jurídico – embora com conclusões diversas – em (SWENSSON JR., 2010, p. 27-28 e 35).
- 22 Art. 5º, XXXIX (“não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”) e XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).
- 23 Art. XI.2 (“Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.”).
- 24 Art. 9º – Princípio da legalidade e da retroatividade (“Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.”).

25 Sabadell e Dimoulis (2011, p. 87) asseveram, em sentido oposto, que “o direito brasileiro vigente em 1979 não incluía normas de origem nacional ou internacional que tipificassem crimes contra a humanidade e determinassem sua imprescritibilidade; tampouco era prevista vedação de anistia ou pelo menos de autoanistia”.

26 Art. 6º.c.

27 Pela insuficiência do costume internacional para o Direito Criminal, veja-se (SWENSSON JR., 2010, p. 42).

28 São citados precedentes do STF: RE 56.466/DF, rel. Min. Bilac Pinto, 1973; ACO 298/DF, rel. p/ acórdão Min. Décio Miranda; AC 9.696/SP, rel. Min. Sydney Sanches, 1989 (este o caso referido no texto).

29 Contra, Ana Lucia Sabadell e Dimitri Dimoulis (2011, p. 93): “Decidir responsabilizar os agentes da ditadura décadas após a ocorrência dos fatos gera uma responsabilização não esperada que muda retroativamente a valoração de certos fatos.”

30 Tavares e Agra (2009, p. 70) acentuam a dimensão moral como “um imperativo ético incontornável”.

31 Art. 47, § 1º: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a Federação ou a República.”

32 ADCT, art. 2º, *caput*: “No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.”

33 Decreto-Legislativo 89, de 3 de dezembro de 1998.

34 A ressalva é autorizada pelo art. 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

35 São referidos os casos *Comunidad Moiwana v. Suriname* e *Almonacid Arellano v. Chile*.

36 O Min. Cezar Peluso chega a afirmar que a autoanistia é reconhecidamente “censurada pelos tribunais internacionais”, mas reforça que disso não se trata, pois a Lei n. 6.683 teria sido oriunda de um acordo.

37 Neste ponto, a Min. Cármen Lúcia diverge, por entender que a Emenda Constitucional 26 foi revogada pela Constituição de 1988.

38 Contundente crítica da concepção essencialista da verdade encontra-se em Sabadell e Dimoulis (2011, p. 89): “Eventual direito à verdade a ser satisfeito mediante prestação estatal contraria o princípio democrático que tem como componente central o pluralismo e a tolerância. Dito de maneira simples, o objetivo da verdade oficial garantida pelo Estado corresponde muito mais a ditaduras do que a democracias.”

39 Ponto 256 da “sentença”.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGON REYES, Manuel. La constitución como paradigma. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta, 2007, p. 38-39.

CANOTILHO, J. J. Gomes. “Brançosos” e interconstitucionalidade. *Itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – Volume I*. 4.ed. Coimbra: Coimbra; 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

- CARVALHO RAMOS, André de. O primeiro ano da sentença da Guerrilha do Araguaia. In: *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-24/ano-depois-sentenca-guerrilha-araguaia-nao-foi-cumprida>>. Acesso em 12 de janeiro de 2012.
- \_\_\_\_\_. A expansão do Direito Internacional e a Constituição brasileira: novos desafios. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (org.). *Crise e desafios da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 291-320.
- DIMOULIS, Dimitri. *O caso dos denunciantes injejosos. Introdução prática às relações entre direito, moral e justiça*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- FAVOREU, Louis et al. *Droit constitutionnel*. 4.ed. Paris: Dalloz, 2001.
- FIGUEIREDO, Marcelo. Notas a respeito da utilização de jurisprudência estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 57-69, out./dez. 2009.
- GUTMANN, Amy; THOMPSON, Dennis. *Why deliberative democracy?* Princeton: Princeton University Press, 2004.
- \_\_\_\_\_; THOMPSON, Dennis. O que significa democracia deliberativa. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 17-78, jan./mar. 2007.
- KUNDERA, Milan. *O livro do riso e do esquecimento*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1987.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.
- OST, François. *O tempo do direito*. Bauru: Edusc, 2005.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Tratado de Lisboa: a significação de um novo Direito Constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 115-135, jul./set. 2009.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Direito constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2010.
- SABADELL, Ana Lucia. *Manual de sociologia jurídica*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- \_\_\_\_\_; DIMOULIS, Dimitri. Anistia. A política além da justiça e da verdade. *Acervo*, v. 24, 2011, p. 79-102.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; ALMEIDA, Alex Luciano Valadares de. Verdade e história: por um direito fundamental à verdade. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 249-272.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 167-204, jul./set. 2009.
- SARMENTO, Daniel. *Manifestação sobre a inexistência de contradição entre a decisão do STF na ADPF n. 153 e a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund e outros vs. Brasil* (texto inédito), 2011.
- SWENSSON Junior, Lauro Joppert. Punição para os crimes da ditadura militar: contornos do debate. In: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Antonio; SWENSSON Junior, Lauro Joppert (Org.). *Justiça de transição no Brasil. Direito, responsabilidade e verdade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 23-59.
- TAVARES, André Ramos. Modelos de uso da jurisprudência constitucional estrangeira pela justiça constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 12, p. 17-55, out./dez. 2009.
- TAVARES, André Ramos; AGRA, Walber de Moura. Justiça reparadora no Brasil. In: SOARES, Inês Virgínia Prado; KISHI, Sandra Akemi Shimada (Coord.). *Memória e verdade: a justiça de transição no Estado Democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 69-91.
- WEICHERT, Marlon Alberto; FÁVERO Eugênia Augusta Gonzaga. A responsabilidade por crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar. In: SOUZA Neto, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 511-568.
- WEICHERT, Marlon Alberto. Anistia a graves violações a direitos humanos no Brasil: um caso de suprema impunidade. *Revista OABRJ*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 137-164, jul./dez. 2009.

### Walter Claudius Rothenburg

Rua Euclides da Cunha, n. 233  
Nova América – 13417-660  
Piracicaba – SP – Brasil  
[walter.claudius@terra.com.br](mailto:walter.claudius@terra.com.br)

PROCURADOR REGIONAL DA REPÚBLICA  
NO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
PROFESSOR DE MESTRADO E DOUTORADO  
NA INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO (ITE)



## EL DERECHO POSITIVO O CONVENCIONAL, SU NATURALEZA: EL CARÁCTER CREATIVO (CONSTITUTIVO) Y DERIVADO DE LAS LEYES HUMANAS

Sebastián Contreras Aguirre

THE POSITIVE OR CONVENTIONAL LAW, ITS NATURE, THE CREATIVE  
AND DERIVED CHARACTER OF HUMAN LAWS

### RESUMO

EL SIGUIENTE TRABAJO INTENTA PRESENTAR ALGUNOS CRITERIOS PARA RECONOCER UNA NORMA DE DERECHO POSITIVO. SI BIEN ES CIERTO QUE PARA EL IUSNATURALISMO CLÁSICO UNA MISMA NORMA CONTIENE ELEMENTOS NATURALES Y CONVENCIONALES, ES POSIBLE, CREO, DETERMINAR SI UNA DISPOSICIÓN CUALQUIER PERTENECE, *STRICTO SENSU*, AL DERECHO POSITIVO O AL DERECHO NATURAL. EN PARTICULAR, SE PROPONE QUE UNA REGLA DE JUSTICIA CONVENCIONAL MANTIENE UNA SITUACIÓN INTERMEDIA ENTRE LAS LLAMADAS NORMAS ÓNTICAS Y LOS PRINCIPIOS TERCARIOS DE LA LEY NATURAL. AUNQUE COMPARTIENE ELEMENTOS CON ESOS TIPOS DE REGLAS DE JUSTICIA, NO PUEDE SER CLASIFICADA NI COMO DERECHO NATURAL TERCARIO NI COMO UNA NORMA DE JUSTICIA QUE CREA *EX NIHILO* NUEVOS ESTADOS DE COSAS.

### PALAVRAS-CHAVE

DERECHO POSITIVO; DERECHO NATURAL; NATURALEZA DE LAS NORMAS DE DERECHO POSITIVO; IUSNATURALISMO CLÁSICO.

### ABSTRACT

THIS PAPER ATTEMPTS TO PRESENT SOME CRITERIA FOR RECOGNIZING A RULE OF POSITIVE LAW. EVEN THOUGH IT IS TRUE THAT THE CLASSICAL IUSNATURALISM TEACHES THAT THE LEGAL NORMS CONTAINS NATURAL AND CONVENTIONAL ELEMENTS, IT IS POSSIBLE, I THINK, TO DETERMINE THAT A RULE BELONGS, STRICTLY SPEAKING, AT THE POSITIVE LAW OR NATURAL LAW. IN PARTICULAR, I PROPOSE THAT A RULE OF CONVENTIONAL JUSTICE IS IN AN INTERMEDIATE SITUATION BETWEEN ONTIC TERTIARY RULES AND PRINCIPLES OF NATURAL LAW.

### KEYWORDS

POSITIVE LAW; NATURAL JUST; NATURE OF POSITIVE LAW; CLASSICAL IUSNATURALISM.

### PLANTEAMIENTO

Podemos decir que una norma pertenece a lo justo convencional cuando contiene algún elemento que no se deduce desde la ley natural, es decir, siempre que haya dispuesto un “nuevo” contenido de justicia, originariamente inexistente según el orden del derecho natural.

Esto no significa que el poder normativo de la autoridad entrañe el ejercicio de una libertad absoluta. La actividad inventiva de la autoridad es libre, pero dentro de los márgenes del derecho natural. Luego, su capacidad normativa no es completa,

sino que más bien consiste en una libertad afectada. Por ende, a pesar de que las leyes humanas sean el resultado de las elecciones libres de la autoridad, si no existiera un principio objetivo que valide su obligatoriedad y justicia, esas disposiciones humanas no serían sino el resultado del abuso de poder. Este principio de legitimidad del derecho convencional se encuentra en la propia razón. Por eso se ha escrito que la justicia de las leyes escritas depende de su grado de conformidad o disconformidad con la norma de la razón, que es la ley de la naturaleza.<sup>1</sup>

Pese a esto, en su tarea de creación de las leyes positivas, el legislador debe no solo considerar la justicia de la ley natural; también debe considerar la contingencia de las condiciones de lugar y tiempo de su comunidad. Este proceder tanto desde los principios universales como desde los particulares es lo propio de la razón práctica, y, en particular, de la virtud de la prudencia. En su operación, y justamente por tratar acerca de lo singular, siempre existe un elemento de riesgo e inseguridad.<sup>2</sup>

Esto sucede porque, a pesar de que lo bueno moral en lo práctico sea, en principio, común a todas las clases de acciones, no lo es en lo particular, donde no existe el mismo nivel de seguridad que en los conocimientos universales, sino que al contrario: todo queda sometido a la contingencia de la praxis. Por tal motivo, las normas del derecho convencional no son simples explicitaciones de lo justo natural, sino el resultado de un proceso creativo del gobernante, que consiste en la ponderación de unos principios de justicia universales y unas condiciones particulares de tiempo y lugar. Es esto lo que explica que las leyes positivas sean un objeto cultural, en el sentido de una creación humana establecida libremente por las elecciones de la autoridad, elecciones que deben, sin embargo, someterse a las prescripciones de aquellas verdades morales objetivas que hemos llamado de ley o justicia natural.

## **I LAS DETERMINACIONES ENTRE DERECHO NATURAL TERCIARIO Y REGLAS ÓNTICAS**

La ley positiva, para serlo verdaderamente, debe guardar una cierta distancia con la ley natural. Esa distancia, en todo caso, no puede ser tal que entre lo justo positivo y lo justo natural no exista ninguna vinculación. Lo que proporciona fuerza obligatoria a las leyes humanas es, precisamente, su condición de normas derivadas del derecho natural. Por ende, distancia aquí no significa completa desvinculación entre normas positivas y derechos naturales.

Ahora bien, la correcta inteligencia de la naturaleza de las convenciones es posible, solamente, si consideramos que son, por una parte, normas derivadas de los principios naturales (en alguna medida, “conclusiones”<sup>3</sup> particulares de esos principios), y, por otra parte, reglas de justicia “puestas” por la autoridad, en el sentido de “creadas” por el poder normativo del Estado. El problema, sin embargo, radica en que ambas condiciones se deben cumplir siempre para caracterizar a una norma como

derecho convencional, porque, como ya ha enseñado Cicerón, aunque dispongan nuevos contenidos de justicia, las leyes humanas siempre derivan de las leyes naturales.

No basta, por tanto, con que esa regla de justicia sea concluida desde lo justo por naturaleza. Tampoco es suficiente que el legislador la haya definido *ex nihilo*, esto es, sin referencia a los principios morales. Entonces, antes de revisar la naturaleza de las leyes positivas, es preciso distinguir dos categorías de normas que, en nuestra opinión, permiten comprender la naturaleza de las convenciones: primero, las normas del derecho natural terciario (o principios terciarios de la ley natural); y, segundo, las llamadas reglas de justicia óntico-constitutivas.<sup>4</sup>

En cuanto al derecho natural de tercer orden, es necesario indicar que se forma por el conjunto de conclusiones que, remotamente, se derivan por modo de deducción desde los principios primarios de la ley natural. Lo que ocurre, escribe Tomás de Aquino, es que “todos los preceptos morales son de ley natural, aunque de diverso modo. Y así, hay unos que cualquiera, con su razón natural, entiende que se deben hacer o evitar”.<sup>5</sup> Hay otros, en cambio, que se conocen fácilmente, pero no a través de una aprehensión intelectual, sino por medio de la razón discursiva, que, avanzando en el conocimiento práctico, concluye unas verdades morales más particulares a partir de los llamados *communissima*. De esta condición son los principios del Decálogo, por ejemplo: “con la misma lógica que se sigue de que todo hombre es risible, el que Pedro es hombre, luego es risible; así se sigue correctamente de este principio: no hieras a nadie, que es un principio natural; matar es herir, luego, no es lícito matar a nadie”.<sup>6</sup>

Por último, hay otros principios “que se imponen después de la atenta consideración de los sabios, y estos son de ley natural, pero tales que necesitan de aquella disciplina con que los sabios instruyen a los rudos”.<sup>7</sup> En estos, “la fuerza de la consecuencia no es evidente sino muy probable, y así hace falta la doctrina de los grandes y sabios para que sean recibidas, como: no prestar para la usura, que se sigue de esto: no robarás, pero no tan claro que no pueda alguien dudar que por el beneficio mutuo puedan recibir pago”.<sup>8</sup>

Se plantea el siguiente problema:

cómo conocemos que algo es natural y que obliga si no es evidente para todos que es natural. A esto se responde que aquellas cosas que pertenecen al primer grado del derecho natural obligan a todos, porque esas cosas son muy patentes a todos por su propia naturaleza. De manera similar, las que pertenecen al segundo grado obligan a todos porque todos de modo evidente, por un conocimiento natural, conocen que ellas se deducen de los primeros principios de la naturaleza.<sup>9</sup>

En el caso de los principios terciarios,

vale la siguiente proposición: que cuando existen algunas razones suficientemente claras de que algo sea de derecho natural, si por otra parte no existen razones que prueben que lo contrario no es contra el derecho natural, tal ha de sostenerse que es de derecho natural a pesar de que a los hombres corruptos y malos no les sea evidente.<sup>10</sup>

Por su parte, las reglas ónticas son normas que no hacen referencia a ninguna entidad preexistente, como sí ocurría con lo justo natural en el caso de los principios terciarios. No expresan lo que descriptivamente es algo, sino que crean una realidad *ex nihilo*:<sup>11</sup> “antes de la regla el algo no existe, y solo mediante la regla ese algo existe”.<sup>12</sup> Se trata, entonces, de disposiciones que asumen una función óntico-fundacional en los sistemas normativos,<sup>13</sup> y que deciden el espacio, el tiempo, los sujetos y las competencias de las realidades jurídicas que por ellas son creadas.<sup>14</sup>

Desde la perspectiva lingüística, esas reglas se expresan mediante el verbo ser, que en la norma tiene un carácter prescriptivo (o directivo) y no puramente predicativo (o descriptivo).<sup>15</sup> Este tipo de reglas no son ni verdaderas ni falsas, porque no pueden contrastarse con una realidad previa que defina su contenido veritativo. Tampoco les afecta el requisito normativo de la coherencia. “Por el contrario, son las reglas ónticas las que crean el marco de coherencia respecto de las demás reglas, aunque es problemático que pueda hablarse incluso aquí de coherencia propiamente dicha.”<sup>16</sup> Por lo tanto, se trata de normas que crean un ámbito óntico-práctico, esto es, una cierta realidad convencional.

Ejemplos de estas normas son: “la capital de Argentina es Buenos Aires”, “en el escudo patrio habrá un cóndor y un huemul”. Tales normas crean el estado de cosas que mandan, como la capitalidad. Ahora bien, es evidente que estas normas no crean las ciudades-capitales en su sentido físico, “esto es, como conjunto de casas, calles, parques, etc. El concepto de ‘capitalidad’ es jurídico y no físico”.<sup>17</sup>

Al comienzo de este apartado hemos indicado que las convenciones o leyes humanas se encuentran en una situación intermedia entre los principios terciarios de la ley natural y las reglas ónticas. Esto sucede porque: (i) con las normas del derecho natural terciario comparten el hecho de consistir en una forma de “conclusiones lejanas” de los *communissima*; y (ii) con las reglas óntico-constitutivas comparten el hecho de que se trata de leyes que crean contenidos de justicia nuevos, que originalmente no eran parte del sistema político.

No obstante, no son ni normas ónticas ni normas del derecho natural terciario. No son normas ónticas, porque, a pesar de que el derecho positivo pueda disponer contenidos de justicia inexistentes en la ley natural, se trata de un derecho “derivado”: la normatividad de lo justo por naturaleza se halla contenida en sus disposiciones. Luego, acá no procede una forma de *creatio ex nihilo* como en el caso de las reglas constitutivas.

Tampoco son formas de derecho natural terciario. Aun cuando, en sentido amplio, se pueda hablar de “conclusiones” para referirse a las normas del derecho positivo, lo cierto es que las normas del derecho humano no se obtienen deductivamente desde los principios primarios de la ley natural. No existe una forma de concatenación lógica que permita relacionar los *communissima* con las determinaciones, como sí la hay en las normas naturales de tercer grado.<sup>18</sup>

## 2 EL PROBLEMA DE LA POTESTAD MARITAL Y LOS CRITERIOS PARA RECONOCER UNA DETERMINACIÓN O NORMA POSITIVA

Para las doctrinas ilustradas, el derecho natural representa una realidad normativa ahistórica e intemporal. Los hechos quedan subsumidos en las normas al modo de fenómenos que no sufren cambio, de forma tal que el procedimiento jurídico se concibe a la manera de la geometría.

Tal ha sido la idea de Thomasius, por ejemplo, quien señala que “la moral está sujeta a demostración en la misma medida que las matemáticas”.<sup>19</sup> De la misma manera, escribe Spinoza: “consideraré las acciones y los apetitos humanos como si se tratara de líneas, de superficies y de cuerpos sólidos”.<sup>20</sup> Esto significa concebir al derecho como un teorema:<sup>21</sup> “hasta la más concreta de las reglas de derecho, será deducida del principio tomado apriorísticamente como postulado”.<sup>22</sup>

En nuestra opinión, el motivo por el cual los autores del derecho natural racionalista extienden el campo de la deducción a principios de justicia que son, según nos parece, convenciones o normas positivas, radica en la importancia que esos autores entregaban a la certeza matemática en los razonamientos jurídicos:<sup>23</sup> era precisa esa forma de certeza, “pues de no existir, cualquiera podía interpretar el contrato o la ley a su antojo, con lo cual la obligación quedaría en una situación imposible: lo que uno cree que debe cumplir no coincidiría con lo que otro cree que se le debe cumplir”.<sup>24</sup>

Más arriba hemos señalado que las leyes positivas no pueden ser consideradas, en esencia, como normas de derecho natural, ni siquiera como normas de derecho natural terciario. Esto sucede porque entre los principios morales y las leyes positivas no existe una vinculación geométrico-deductiva. Luego, cuando se defiende que una norma es de derecho natural, siendo, en estricto sentido, una norma positiva, lo que ha sucedido es que, como enseña Santo Tomás, se ha determinado con mezcla de error.<sup>25</sup>

Un ejemplo de determinación errónea se da, según nos parece, en el caso de la potestad marital. Como se sabe, el filósofo había enseñado que la mujer no era apta para la vida política. Esta se encontraba destinada, naturalmente, a la generación y la vida en la comunidad doméstica.<sup>26</sup> Y la razón de esto era simple: por naturaleza, el hombre era mejor que la mujer.<sup>27</sup>

En este sentido, según observa Fernández Concha,

aunque la unión de los esposos se funda en el amor, y aunque este los requiera e incline a procurar de común acuerdo su mutua felicidad y la de sus hijos, por la diversidad de talentos, de caracteres y de propensiones pueden surgir entre ellos, ya más, ya menos, ya mayores, ya menores, disensiones en lo tocante a la fijación del domicilio, a la elección de la profesión, a la administración de los bienes, a la institución de la prole, o a cualquier otro punto del régimen interno o externo de la sociedad conyugal. En ésta, por lo tanto, del propio modo que en cualquiera otra, para asegurar la conspiración de las voluntades y de las operaciones en orden al fin común, se requiere un poder dotado de la facultad de elegir, determinar e imponer los medios convenientes al expresado fin.<sup>28</sup>

Ahora bien,

todo el género humano ha creído que ese primado doméstico compete al varón y no a la mujer, pues así se ha practicado siempre y por doquier; el cual hecho es un indicio suficiente de que tal es el orden natural. Que en esto no hay engaño lo demuestran la fisiología y la psicología, las cuales encuentran, por lo general, una no disputable y no pequeña superioridad física e intelectual del hombre sobre la mujer.<sup>29</sup>

Por esta causa, como escribe Spinoza,

si atendemos a la experiencia, veremos que la condición de las mujeres procede de su debilidad natural. En ninguna parte ha sucedido que los hombres y mujeres reinen juntos [...] Pero si las mujeres fuesen por naturaleza iguales a los hombres, en fortaleza de ánimo e inteligencia, en lo que consiste principalmente el poder y, por tanto, el derecho de los humanos, las mujeres estarían al mismo nivel que los hombres. Entre los pueblos numerosos y diferentes del mundo, se hallarían algunos en los que los dos sexos detentarían juntos la autoridad política, y otros en los que gobernasen las mujeres a los hombres, educándoles de modo que su inteligencia no se desarrollase. Como no se han producido hechos semejantes en parte alguna, es lícito afirmar, sin duda, que las mujeres no gozan naturalmente de un derecho igual al de los hombres y que son, naturalmente, inferiores.<sup>30</sup>

Los dos autores citados piensan que la potestad marital es de derecho natural. También Tomás de Aquino llega a esa conclusión. Esto se debe, como hemos señalado, a la mezcla de error que se puede dar en el establecimiento de las normas positivas, en este caso particular, al hecho de que, históricamente, hubo una primacía del hombre

sobre la mujer, que, sin embargo, no se debía al derecho natural, sino a la práctica o una forma de ignorancia invencible entre los distintos pueblos.

Nadie podría defender hoy que la Tierra es cuadrada o que las manchas lunares no existen, porque el cielo es un lugar immaculado. Por largos años se pensó que así eran las cosas, e incluso se creía que “por naturaleza” esas eran *las* verdades de la ciencia. Pero la experiencia nos muestra que las culturas pueden estar equivocadas en sus intuiciones, como en el caso de los germanos, que, según expone Santo Tomás, afirmaban que el robo era lícito.

Como el lector se habrá dado cuenta, nuestra conclusión es que la primacía del esposo en la sociedad conyugal es solo materia de convención. No existe una supremacía “por naturaleza” del hombre sobre la mujer que justifique la consideración de esa norma como de derecho natural. Por esta causa, es patente que por derecho de naturaleza no es incompatible con las mujeres la potestad de legislar.

Evidentemente, si por derecho de la naturaleza, una mujer fuera incapaz de recibir esa potestad legislativa, sería esencialmente injusto e intrínsecamente un mal que la mujer sucediera en el trono por derecho hereditario, o que fuera elegida como reina y juez; ahora bien, esto es absurdo y contra la experiencia de muchos reinos católicos legalmente instituidos.<sup>31</sup>

Todo lo dicho nos enfrenta al problema de cómo reconocer una determinación o norma de derecho positivo. A continuación intentaremos presentar algunos criterios para resolver este inconveniente. Antes bien, es necesario indicar que se ha llegado a sostener que las normas que establecen la obligación de indemnizar sin culpa,<sup>32</sup> o, incluso, las que disponen que se forma una comunidad entre el que realiza de buena fe una obra con materiales ajenos y el dueño de esos materiales,<sup>33</sup> son todas normas de derecho natural.

Hay buenas razones para pensar esto. Algo de la justicia natural se encuentra presente en esas disposiciones, porque todas ellas han sido derivadas, de alguna manera, desde la ley natural. Sin embargo, esto no significa que puedan identificarse como normas puramente naturales; eso sería tanto como desconocer el papel de la *adinventio* humana en la creación de la ley y del derecho positivo.<sup>34</sup>

A pesar de que en los ejemplos citados sea posible reconocer la presencia de un fundamento natural para decidir en un sentido o en otro, lo cierto es que, ni la imposición de una indemnización por responsabilidad sin culpa, ni la formación de una comunidad entre el que realiza la obra y el dueño de los materiales, pueden ser consideradas como de derecho natural.<sup>35</sup> Y es que “el derecho natural no desciende a ese tipo de minucias”.<sup>36</sup>

No obstante, éste no es un tema sencillo. De ahí que hayamos decidido bosquejar algunas reglas para el reconocimiento de una convención o norma de derecho

positivo-humano.<sup>37</sup> Un primer criterio para reconocer una convención o norma positiva es la materia de la ley. A diferencia de las normas naturales, que son necesarias *per se*, las reglas del derecho humano son contingentes, en cuanto que tratan sobre materias indiferentes, esto es, sobre aquellas cosas que no están exigidas al hombre por su naturaleza, sino solo por la voluntad del gobernante.<sup>38</sup>

Tal ha sido la idea de Aristóteles. Según observa el filósofo de Estagira,

lo justo político se divide en natural y legal; es natural el que en todas partes tiene la misma fuerza, y no por parecerlo o no parecerlo; y es legal, el que en un principio en nada difiere que sea así o de otro modo pero que una vez establecido sí difiere; por ejemplo: que el rescate cueste una mina, o que haya que sacrificar una cabra y no dos ovejas.<sup>39</sup>

Esto nos muestra que mientras que se trate de acciones o conductas que no han sido ordenadas o prohibidas por el derecho natural, el legislador tiene completa capacidad para definir algo como justo o injusto, siempre que eso no sea contrario al bien de la comunidad política. Un ejemplo de esto lo vemos a propósito de las normas que regulan el tránsito. No es la ley natural la que define el sentido del tránsito. A lo sumo promueve su regulación al disponer el orden social.

Sentado lo anterior, la autoridad debe adoptar una posición clara sobre cuál de todas las alternativas disponibles para la regulación del tránsito es la que conviene mayormente en unas determinadas circunstancias de tiempo y lugar. Esto es fundamental, porque, dada la contingencia que envuelve a la vida humana, la decisión del legislador francés, por ejemplo, no tiene por qué ser idéntica a la de las autoridades inglesas. Y, de hecho, mientras que el legislador francés “comprobó que no hay una obligación categórica de circular por la izquierda, y optó por la circulación por la derecha; el legislador inglés [...] optó por la otra alternativa, derivándose ambas por delegación de la ley natural”.<sup>40</sup>

En este sentido, el derecho natural no determina el sistema de circulación perfecto y definitivo para cada sociedad, ni prefija ninguna alternativa como la única y categóricamente correcta. Por el contrario, y justamente porque se trata de una materia indiferente a la ley natural, “habrá varios sistemas que acarrearán distintos riesgos, ventajas, costes y beneficios, a menudo inconmensurables, que cabrán dentro de las exigencias del derecho natural. Por tanto, el legislador podrá actuar con un amplio margen de libertad creativa al elegir y hacer obligatorio un sistema en particular entre las distintas opciones razonables”.<sup>41</sup>

Un segundo criterio para reconocer una norma de derecho positivo está en la aplicación de la siguiente regla: “la decisión contraria no causa injusticia”.<sup>42</sup> Es decir, el legislador no está obligado a tomar una decisión en un sentido determinado; solo debe tomar una decisión que excluya otras alternativas posibles.<sup>43</sup> El ejemplo de la regulación del tránsito nos puede ayudar con este asunto: porque se trata de una materia

indiferente en la que se presentan distintas opciones compatibles con el derecho natural, la elección de “por la derecha” en vez de “por la izquierda” no supone una contravención de las normas de la recta razón. El legislador inglés bien podría haber adoptado, en justicia, una decisión diferente.

Una tercera característica de las determinaciones es su carácter cambiante. Esto es, además de tratar sobre materias indiferentes a la ley natural y de que el legislador no está obligado en una cierta dirección, es propio de las leyes del derecho positivo su naturaleza mutable: cuando cesa la utilidad de una determinación o el motivo por la que se promulgó, esta deja entonces de mirar al bien de la comunidad; por eso debe ser modificada o dejada sin efecto. Esto se ve claramente en las normas que regulan el catálogo y definición de los estupefacientes, o en aquellas que dicen relación con los regímenes previsional, laboral, sindical y de seguridad social:<sup>44</sup> todas estas materias son cambiantes por definición, aunque en razón de su conveniencia o inconveniencia para el bien común.<sup>45</sup>

En cuarto lugar, y volviendo al ejemplo de la regulación del tránsito, la elección de “por la izquierda” en vez de “por la derecha” representa un acto de la voluntad del gobernante. Esto no quiere decir que las normas positivas o convencionales sean únicamente el resultado de la voluntad de la autoridad política (esto convertiría nuestra tesis en una forma de voluntarismo), sino que en el ámbito de cosas igualmente razonables para el cumplimiento de la ley natural, es un acto de la voluntad el que especifica qué es lo justo en tales condiciones de tiempo y lugar.

Pero se trata de un acto de la voluntad que no procede *ex nihilo*. El acto del entendimiento se encuentra presupuesto en el movimiento de la voluntad, porque “el objeto de la voluntad es el bien en cuanto entendido; y en tal sentido la inteligencia opera como fin respecto de la voluntad”.<sup>46</sup> Según esto, el apetito no puede autodeterminarse en la identificación de lo bueno o de lo malo moral. Necesita estar guiado por la inteligencia. De ahí que se le haya caracterizado como una potencia ciega:<sup>47</sup> en su obrar, debe seguir el juicio práctico de la razón.

## CONSIDERACIONES FINALES

Para los pensadores clásicos, el derecho natural no es un sistema normativo contrapuesto al derecho positivo o simplemente legal. En realidad, tampoco es un sistema, porque no consiste en un ordenamiento jurídico cerrado sobre sí, donde las reglas particulares de justicia deben deducirse geoméricamente desde los principios universales del derecho. Para la tradición clásica, el derecho natural es una parte del único ordenamiento de justicia que es el derecho de la comunidad, donde además de las normas de justicia natural “existen otras leyes que consideradas en sí mismas no hallan razón para su observancia”, pero que una vez consideradas todas las circunstancias particulares de esa comunidad “se hace conveniente que sean observadas”.<sup>48</sup>

En el primer caso, se trata de preceptos indemostrables, que proceden del instinto de la naturaleza,<sup>49</sup> y que dan cuenta de una justicia y equidad evidentes.<sup>50</sup> En el segundo caso, al contrario, se trata de normas que dependen del parecer humano, y que, por esa razón, “no son ni universales ni inmutables, sino, a la inversa, mudables y limitadas en cuanto a su ámbito de validez temporal y territorial”.<sup>51</sup>

Esta distinción es de primera importancia. En la enseñanza clásica, los derechos naturales representan un verdadero límite a la actividad creativa del legislador; y la razón de esto es simple: el derecho natural es la causa ejemplar de la ley humana. De manera que la libertad creativa del gobernante se manifiesta en su incapacidad para obligar en conciencia sin el sostén de un mandato natural.<sup>52</sup>

A pesar de su carácter constitutivo, las normas positivas no son formas de *creatio ex nihilo*. Es indubitante que las leyes humanas crean nuevo derecho, pero no al punto de establecer contenidos de justicia completamente independientes del derecho natural. En tal forma delimitan la actividad legislativa del gobernante, que, sin referencia a esos preceptos de justicia naturales o universales, no se puede hablar de una justicia o rectitud en las leyes humanas. Por tanto, en la actividad normativa del gobernante, lo que define a una disposición como justa es la presencia de esas “leyes comunes” de las que hablan los filósofos griegos (que son los principios naturales) en el cuerpo de las normas positivas. Es esa presencia de lo justo natural lo que hace que una determinada acción o situación sea verdaderamente justa.

Ahora bien, que la ley natural delimite la actividad del gobernante no significa que las normas positivas sean constituidas por ella o que sus contenidos sean establecidos por lo justo natural. Lo que significa es que la ley humana pretende el mismo fin que la ley natural,<sup>53</sup> aun cuando se haga cargo de materias que de suyo no pertenecían a lo justo por naturaleza. Esto origina que aunque una ley humana no sea propiamente constituida por la ley natural, ni su materia se derive de ésta, sí al menos, y solo en algún grado, su fuerza obligatoria, “por pretender el mismo fin y obligar a los súbditos, por razones distintas y por diferentes grados de exigencia, a intentar alcanzarlo”.<sup>54</sup>

: ARTIGO APROVADO (02/12/2013) : RECEBIDO EM 14/05/2013

#### NOTAS

1 Cf. Santo Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2.

2 Cf. Javier Hervada, “Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el derecho canónico”. *Revista Española de Derecho Canónico*, n. 16 (p. 415-451), 1961, p. 420 ss.

3 Ahora bien, en las determinaciones, solamente podemos hablar de unas “conclusiones” en sentido amplio. Se trata, como dice Martin Rhonheimer, no de conclusiones de un discurso racional inventivo-demostrativo, sino conclusiones de aquel discurso, práctico de un modo inmediato y referido a lo concreto, de la prudencia (legisladora). Estas conclusiones surgen, no de una *inventio* de la razón práctica, sino de lo que Santo Tomás reconoce como *adinventio*. Se trata, en definitiva, de aquellas determinaciones concretas *ad quae natura non primo inclinatur; sed per rationis inquisitionem ea homines adinvenerunt, quasi utilia ad bene vivendum*. Cf. Martin Rhonheimer, *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*. Pamplona: Eunsa, 2000, p. 398.

4 Una primera aproximación a este asunto ha sido expuesta en: Sebastián Contreras, “Derecho positivo y derecho natural. Una reflexión desde el iusnaturalismo sobre la necesidad y naturaleza de la determinación”. *Kriterion*, v. 127, 2013, p. 43-62.

5 Santo Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 100, a. 1.

6 Bartolomé Carranza, *De Justitia*, q. 57, a. 2, fol. 178r.

7 Santo Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 100, a. 1. En este sentido, escriben los escolásticos: “aquellas cosas que son de derecho natural en primer grado son *per se nota*. Segunda: aquellas que son de derecho natural en segundo grado no son *per se nota*. En efecto, aquello de no matar, no robar, se sigue de esto: no hagas a los otros lo que no quieres que te hagan a ti. Pero son o evidentes o facilísimamente mostrables. Tercero aquellas cosas que son de derecho natural en tercer grado ni son *per se nota* ni tan evidentes que hace falta la doctrina de los mayores para aceptarlas” (Domingo de Soto, *De Justitia*, q. 57, a. 2).

8 Domingo de Soto, *De Justitia*, q. 57, a. 2.

9 Bartolomé Carranza, *De Justitia*, q. 57, a. 2, fol. 178r (traducción ligeramente modificada).

10 Bartolomé Carranza, *De Justitia*, q. 57, a. 2, fol. 178r.

11 Cf. Gregorio Robles, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho*. México DF: Unam, 1988, p. 126.

12 Robles, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, p. 126.

13 Cf. Juan Omar Cofré, “Las reglas óntico-constitutivas, fundamentos de la persona y la dignidad humana”. *Revista de derecho*, v. 15 n. 2 (p. 37-58), 2003, p. 40 ss.

14 Cf. Gregorio Robles, *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 2009, p. 89.

15 Cf. Gregorio Robles, *El derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del derecho*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006, p. 43.

16 Robles, *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos*, p. 127.

17 Gregorio Robles, *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*. Madrid: Thomson Reuters, 2010, p. 228.

18 Es importante recordar que la determinación no implica una derivación teorematizada de principios de justicia desde las leyes naturales. Si bien Santo Tomás ha comparado los preceptos de la ley natural con los principios de la geometría, esto no significa que la determinación de los *communissima* constituya una tarea geométrica o lógico-ductiva. Cf. Santo Tomás, *In Sententiarum*, II, d. 24, q. 2, a. 3.

19 Christian Thomasius, *Fundamentos de derecho natural y de gentes*. Madrid: Tecnos, 1994, p. 6.

## 718: EL DERECHO POSITIVO O CONVENCIONAL, SU NATURALEZA: EL CARÁCTER CREATIVO (CONSTITUTIVO)

- 20 Baruch Spinoza, *Ética*, Buenos Aires: Aguilar, 1973, p. 161.
- 21 Cf. Carlos Ignacio Massini, *Sobre el realismo jurídico*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1978, p. 111.
- 22 Massini, *Sobre el realismo jurídico*, p. 111.
- 23 Cf. Hugo Grocio, *Del derecho de presa. Del derecho de la guerra y de la paz*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 7.
- 24 Fernando Quintana, *Prudencia y justicia en la aplicación del derecho*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 24.
- 25 Cf. Santo Tomás, *In Ethicorum*, V, lect. 12, n. 1024.
- 26 Cf. Ana Marta González, *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*. Pamplona: Eunsa, 2006, p. 359.
- 27 Cf. Santo Tomás, *In Politicorum*, I, lect. 3, n. 36.
- 28 Rafael Fernández Concha, *Filosofía del derecho o derecho natural*. Madrid: Tipografía Católica, 1887-1888, v. 2, p. 147.
- 29 Fernández Concha, *Filosofía del derecho o derecho natural*, v. 2, p. 147.
- 30 Baruch Spinoza, *Tratado teológico político. Tratado político*. Madrid: Tecnos, 1966, p. 261-262.
- 31 Francisco de Araújo, *De Lege*, p. 142. Asimismo, escribe Araújo: “aunque es un inconveniente que una mujer sea elegida por los hombres para tener las riendas del poder en el sentido en el que Aristóteles en *Ethica* (VIII) dijo que es la corrupción de la ciudadanía el hecho de que mande una mujer, sin embargo, no es un inconveniente, ni es impropio lo siguiente: obtener el reino por derecho hereditario y suceder en el reino como heredad paterna, o ser elegida por Dios que no puede equivocarse”.
- 32 Cf. Camilo Tale, “Derecho de daños y derecho natural”. In: Eduardo Soto Kloss y Sergio Raúl Castaño (eds.). *El derecho natural en la realidad jurídica y social*. Santiago: Universidad Santo Tomás, 2005, p. 595 ss. A este respecto es preciso decir lo siguiente: la tradición del derecho natural defiende la idea de que no hay responsabilidad por los daños no intencionales; luego, no cabe, para esta escuela de pensamiento, una indemnización por daños sin culpa en los términos defendidos por el profesor argentino Camilo Tale. Cf. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 288.
- 33 Cf. Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis libri tres*. Hildesheim: Olms, 2006, v. 2, p. 19.
- 34 Cf. Contreras, *Derecho positivo y derecho natural*, p. 55.
- 35 Cf. Contreras, *Derecho positivo y derecho natural*, p. 55 ss.
- 36 Ugarte, *Curso de filosofía del derecho*, p. 489.
- 37 Una primera versión de estas reglas en: Sebastián Contreras, “Ley natural y determinación del derecho positivo”. *Praxis Filosófica*, n. 33, 2011, p. 207-226.
- 38 Cf. Juan de Santo Tomás, *Cursus Theologicus*, disp. IX, a. 6, n. 11.
- 39 Aristóteles, *Ethica Nichomachea*, 1134b18-1135a5.
- 40 Georges Kalinowski, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 1979, p. 152.
- 41 Robert P. George, *Entre el derecho y la moral*. Navarra: Aranzadi-Thomson, 2009, p. 41.
- 42 Esta regla no puede ser aplicada para el caso de las normas naturales, donde, precisamente, decidir en sentido contrario (o en contra de lo que “por naturaleza” ha sido definido como bueno) es causa de injusticia.

- 43 Cf. José Tomás Alvarado, *La determinación del derecho en Santo Tomás*. Santiago: Pontificia Universidad Católica de Chile (tesis de licenciatura), 1993, p. 14.
- 44 Cf. Constitución Política de la República de Chile, a. 63 n. 4.
- 45 La variabilidad es un elemento de la esencia de las determinaciones, pero el cambio de las normas positivas es algo que debe decidirse prudencialmente. A este respecto: Cf. Santo Tomás, *Summa Theologiae*, I-II, q. 97, aa. 1 y 2.
- 46 Mirko Skarica, “La ley natural según la mente de Santo Tomás como principio de la ley positiva”. In: José Luis Widow, Miguel Ayuso y Álvaro Pezoa (eds.). *Razón y tradición*. Santiago: Globo Ediciones, 2011, v. 2, p. 105.
- 47 Cf. Domingo de Soto, *De Iustitia et Iure*, I, q. 1, a. 1.
- 48 Santo Tomás, *In Sententiarum*, III, d. 3, a. 3 (por ambas citas).
- 49 Cf. San Isidoro, *Ethimologiarum*, V, 4, 1.
- 50 Cf. Santo Tomás, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 3.
- 51 Agustín Squella, “¿Por qué vuelve a hablarse de derecho natural?”. *Revista Chilena de Derecho*, v. 22 n. 1 (p. 78-85), 1995, p. 80.
- 52 Cf. Giuseppe Graneris, *La filosofía del derecho a través de su historia y de sus problemas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 74.
- 53 Cf. Luis de León, *De Legibus*, q. 7, a. 3.
- 54 Juan Castillo, *El pensamiento jurídico-político de Fray Luis de León en el Tratado “De Legibus”*. Burgos: Universidad de Burgos, 1998 (tesis de doctorado), p. 402.

*Sebastián Contreras Aguirre*

Álvaro del Portillo 12455  
Las Condes  
sca@uandes.cl

DOCTOR EN FILOSOFÍA  
PROFESOR-INVESTIGADOR DE LA FACULTAD DE DERECHO  
DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, CHILE



## EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: ANÁLISIS EN DERECHO COMPARADO

*Gonzalo Aguilar Cavallo*

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY:  
ANALYSIS IN COMPARATIVE LAW

### RESUMO

EN EL CASO *ALMONACID* (2006), POR PRIMERA VEZ, LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ENUNCIÓ LA DOCTRINA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD HA GENERADO UN GRAN DEBATE ACADÉMICO, ESPECIALMENTE EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANA. UNA PREGUNTA QUE SURGE EN ESTE ESCENARIO ES CUÁL ES LA RELACIÓN ENTRE EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. EL DERECHO COMPARADO NOS PERMITIRÁ APORTAR ARGUMENTOS Y CRITERIOS PARA ABORDAR ESTA CUESTIÓN.

### PALAVRAS-CHAVE

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD; CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD; DERECHOS HUMANOS; JUEZ DE DERECHOS HUMANOS; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

### ABSTRACT

IN THE *ALMONACID* CASE (2006), THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS ENUNCIATED FOR THE FIRST TIME THE DOCTRINE OF THE CONTROL OF CONVENTIONALITY. THE CONTROL OF CONVENTIONALITY HAS PROPELLED A SIGNIFICANT ACADEMIC DEBATE, ESPECIALLY BETWEEN LATIN-AMERICAN CONSTITUTIONAL SCHOLARS. ONE QUESTION THAT ARISES IN THIS SCENARIO IS ABOUT THE RELATIONSHIP BETWEEN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY. THE COMPARATIVE LAW BRINGS ARGUMENTS AND CRITERIA TO ADDRESS THIS QUESTION.

### KEYWORDS

CONTROL OF CONVENTIONALITY; CONTROL OF CONSTITUTIONALITY; HUMAN RIGHTS; JUDGE OF HUMAN RIGHTS; INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS.

## INTRODUCCIÓN

Se puede definir el control de convencionalidad como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse.

El control de convencionalidad puede tener su fuente en el derecho constitucional nacional, en aquellos casos en que la Constitución del Estado ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infraconstitucionales, o bien, la jurisprudencia nacional ha consagrado pretorianamente dicha superioridad. En este caso, para dar cumplimiento a la disposición constitucional,

es necesario un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales.

Por otro lado, la obligación del control de convencionalidad puede encontrar su fuente en el derecho internacional. Primero, en la imposibilidad de alegar impedimentos de derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del derecho internacional. Segundo, en la obligación del Estado de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional. Tercero, en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales.

En el caso de América Latina, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte IDH) ha explicitado y resaltado la obligación de los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la CADH) de efectuar un control de convencionalidad.

En efecto, el control de convencionalidad, entendido como el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna a la CADH, se incorporó al cuerpo de las sentencias —como doctrina de la Corte IDH— a partir del caso *Almonacid vs. Chile* (2006).<sup>1</sup> Desde entonces, la Corte ha reiterado esta doctrina en diversas oportunidades. La última ocasión en que lo ha hecho, según la época en que se redacta este trabajo, ha sido a raíz del caso *Fontvecchia y D'Amico vs. Argentina* de 2011. En esta sentencia, los jueces interamericanos formularon de la siguiente manera la obligación del control de convencionalidad:

Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.<sup>2</sup>

El control de convencionalidad así planteado adquiere el carácter de una obligación internacional para los Estados partes en la CADH. La Corte IDH ha suscitado un amplio debate doctrinario con la formulación del control de convencionalidad.

La experiencia comparada sirve para iluminar la búsqueda de soluciones y las propuestas que se puedan hacer frente a una determinada interrogante jurídica. Entre las preguntas que el derecho comparado nos puede ayudar a responder están: ¿cuál es el significado del control de convencionalidad para los jueces nacionales? ¿El control de convencionalidad debería estar incorporado en el razonamiento jurídico de los jueces nacionales? En forma preliminar, se podría aventurar una respuesta positiva. ¿El control de convencionalidad es incompatible con un control de constitucionalidad? Como se verá, nosotros optaríamos por una respuesta negativa. ¿El control de convencionalidad es dependiente de la existencia de un sistema de control concentrado o difuso de constitucionalidad? En principio, la posibilidad de realización concreta del control de convencionalidad por parte del juez nacional no estaría sujeta a la existencia de uno u otro modelo de control de constitucionalidad. Quizás, un modelo concentrado de control de constitucionalidad, con la existencia de un juez constitucional especial —de un tribunal constitucional—, podría presentar mayor oposición a la realización de un control de convencionalidad por los jueces nacionales que un modelo de control difuso de constitucionalidad. Además, esta clasificación distorsionaría más que facilitaría la aplicación práctica del control de convencionalidad. Aun cuando ambos procedimientos están emparentados,<sup>3</sup> intentar aplicar el modelo de control de constitucionalidad concentrado o difuso al proceso de control de convencionalidad es un indicador de confusión, que desorienta y que aleja al juez nacional de la obligación internacional que justifica el control de convencionalidad. Por último, ¿cómo se hace operativo este control de convencionalidad? Sobre esto, la Corte IDH, que ha introducido el concepto de control de convencionalidad en el ámbito americano, guarda silencio. Para aportar indicios sobre la puesta en práctica del control de convencionalidad, se ha recurrido en este trabajo al examen comparado de la experiencia extranjera.

Así, primeramente, efectuaremos un examen de las diversas fuentes, que pueden justificar la realización de un control de convencionalidad, tanto internacionales como nacionales (1). Luego, abordaremos la experiencia comparada en materia de control de convencionalidad, centrándonos especialmente en una serie de casos recientes sobre control de convencionalidad ocurridos en Francia e Italia, toda vez que pueden proporcionar luces para eventuales soluciones que adopte el juez nacional latinoamericano. Además de Francia e Italia, se examinarán brevemente otras experiencias comparadas relevantes, con una atención particular en algunos Estados latinoamericanos (2).

## I LA FUENTE DE LA OBLIGACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad es el control realizado por un juez nacional acerca de la conformidad del derecho estatal con los tratados y acuerdos internacionales.<sup>4</sup> Uno de sus fines es blindar o escudar al Estado de potenciales demandas ante la

jurisdicción internacional por incumplimiento o violación de dichos acuerdos o tratados internacionales. El juez nacional se convierte así en el juez de la convencionalidad en el derecho interno.<sup>5</sup>

Contemporáneamente se podría sostener que la ley no expresa la voluntad general más que en el respeto de la Constitución y de los derechos humanos. Por esta precisa razón, del mismo modo que debe haber un control de constitucionalidad para que las normas infraconstitucionales estén conformes con la Constitución, también debería haber un control de convencionalidad de manera que las normas infraconstitucionales estén de acuerdo con los tratados internacionales.<sup>6</sup>

Más concretamente, tratándose de las convenciones internacionales de derechos humanos, el juez nacional emerge como el juez común de derechos humanos. De esta manera, el juez nacional —incluyendo el juez constitucional— tendría una responsabilidad primordial en inmunizar al Estado frente a una eventual responsabilidad internacional por violación de los derechos humanos. En el caso del sistema interamericano de derechos humanos, haciendo un paralelo con el derecho europeo, se podría decir que el juez nacional, al cumplir con su obligación internacional de verificar la conformidad del acto a la CADH, se convierte en el juez interamericano de derecho común.<sup>7</sup> En este caso, el juez nacional sería el juez de la convencionalidad y tendría por misión velar por el cumplimiento de la primacía de los derechos humanos. Se podría sostener que aquí operaría respecto del juez nacional una especie de lo que la doctrina y la justicia europea denominan el desdoblamiento funcional de sus competencias.<sup>8</sup>

En el ámbito de los derechos humanos, el derecho aplicable para los Estados que han ratificado la CADH es esta Convención (sin perjuicio de otros tratados internacionales de derechos humanos que el Estado haya ratificado), la Constitución nacional y su legislación de base. Todo juez, al resolver un caso, debe resolverlo conforme a Derecho. En la estimación del Derecho aplicable, debe tomar en consideración todas estas fuentes normativas, en conjunto con los principios y valores que subyacen a estos instrumentos. Por lo tanto, se podría sostener que siempre un juez debería efectuar un control de constitucionalidad y de convencionalidad ya sea directamente o promoviendo las instancias previstas para realizar tales controles.

El Estado sigue siendo una pieza clave en el mosaico del sistema internacional e interamericano de protección de los derechos humanos. En este contexto, la jurisdicción internacional tiene un carácter subsidiario de la jurisdicción estatal. El principal actor en el respeto y cumplimiento de los derechos humanos es el Estado, a través de sus diversos órganos.<sup>9</sup> Por lo tanto, el juez nacional juega un rol fundamental en el respeto y garantía de los derechos humanos, incluyendo los derechos reconocidos en instrumentos internacionales. Por ello, lleva razón García Ramírez cuando asevera con gran claridad que “la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el internacional”.<sup>10</sup>

Por esta razón, el juez nacional —como juez de la convencionalidad— se erige como juez de derecho común de los derechos humanos.

Un elemento fundamental en el ejercicio del control de convencionalidad es la obligación no solo de aplicar las normas convencionales sino también de considerar la interpretación del órgano con autoridad para hacerlo. En el caso de la CADH, los jueces interamericanos han afirmado que el control de convencionalidad, que atañe principalmente a los jueces, debe significar no solo la aplicación de la Convención Americana sino también de la interpretación que de ella ha efectuado la Corte IDH, interprete supremo de la misma.<sup>11</sup> García Ramírez acierta al señalar que este proceso se compadece con la lógica del sistema de interamericano. En efecto, según este autor, la idea central reside en

que los pronunciamientos del tribunal deben trasladarse, en la forma y términos que provea el Derecho interno —que son el puente entre el sistema internacional y el nacional—, a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos; trasladarse, en fin, al conjunto de la experiencia nacional. Es esto —un poder de influencia, reconstrucción, orientación, información— lo que explica y justifica, al postre, una jurisdicción internacional que no tiene la posibilidad ni la capacidad para abocarse al conocimiento de millares de juicios en los que se ventilen idénticos litigios y se reproduzcan razonamientos y pronunciamientos establecidos y reiterados con antelación.<sup>12</sup>

Si el juez nacional, en el procedimiento de contrastación de la norma nacional con la norma internacional, llega a la conclusión que la primera no es compatible con la segunda, debería hacer primar el principio del estándar más alto, esto es, la norma que otorgue una protección mayor al individuo o que menos restrinja sus derechos fundamentales.<sup>13</sup>

El núcleo duro de la discusión a propósito del control de convencionalidad se sitúa en el nivel jurídico y político interno y plantea a los jueces nacionales principalmente nuevos desafíos. Uno de estos es la determinación de entrar en un diálogo decidido con la jurisdicción internacional, principalmente con la justicia interamericana. Además, se requiere una opción clara en cuanto a incorporar y trabajar cotidianamente con el derecho internacional de los derechos humanos, porque este ordenamiento debería ser un derecho de la vida diaria.<sup>14</sup> Con este control de convencionalidad, los jueces nacionales, son propulsados plenamente —en el caso de Latinoamérica— en el orden jurídico instituido por la CADH y, eventualmente, en el orden jurídico del Mercosur o de cualquier otro subsistema jurídico regional que contenga o llegue a contener en

el futuro normas convencionales internacionales cuya operacionalización deba realizarse en el nivel interno.<sup>15</sup> Esto último es una verdadera paradoja, aun cuando, en este contexto, un punto de confrontación concreto sigue siendo la decimonónica resistencia frente a la permeabilización de la *tout-puissante* soberanía nacional.

Tal como mencionamos precedentemente, la Corte IDH ha sostenido que todos los Estados partes en la CADH, en virtud de las obligaciones contraídas en este tratado internacional, deben efectuar un control de convencionalidad de las normas. Así, el control de convencionalidad se funda en las obligaciones que generan para los Estados parte los artículos 1 y 2 de la CADH. En efecto, el artículo 1.1 de la Convención Americana, ubicado en capítulo relativo a los deberes de los Estados, se refiere a la obligación de respeto y garantía de los derechos reconocidos en la Convención.<sup>16</sup> Complementa esta disposición el artículo 2 de la Convención Americana, relativo a la adopción de medidas internas destinadas a la adecuación del derecho interno al derecho internacional, el cual ocupa una posición crucial en la arquitectura interamericana de derechos humanos. El mencionado artículo 2 dispone: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

La Corte IDH ha explicitado y desarrollado más profusamente el sentido del artículo 2 de la CADH. En este sentido, los jueces interamericanos han interpretado que el artículo 2 impone una obligación legislativa de suprimir toda norma violatoria a la Convención y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana. Cuando el órgano legislativo falla en el cumplimiento de este deber, el órgano judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella.<sup>17</sup>

Incluso, la obligación de los Estados de controlar que en su orden interno se respeten y cumplan las normas internacionales de buena fe es una obligación del derecho internacional general, recogida en la Convención de Viena de 1969.<sup>18</sup> Existen, al menos, tres dimensiones de esta obligación internacional:

- 1) los Estados no pueden escudarse en el derecho interno para justificar el incumplimiento de obligaciones internacionales;
- 2) consecuentemente, los Estados deben adecuar su derecho interno de conformidad con las obligaciones internacionales que hayan asumido;
- 3) en materia de derechos humanos, los Estados deben asegurar el cumplimiento de la obligación internacional y, por tanto, deben respetar, proteger y garantizar los

derechos humanos reconocidos en los instrumentos convencionales internacionales. Aquí aparece la obligación de asegurar que se cumpla efectivamente, dentro de la jurisdicción interna, con la obligación de control de la convencionalidad que recae primordialmente sobre los jueces nacionales.

Estos son algunos de los fundamentos que sustentan el control de convencionalidad con fuente en el derecho internacional y, particularmente, en la esfera de los derechos humanos.

Por otro lado, aquellos Estados que cuentan con un texto constitucional reconociendo expresamente que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a la ley fundan el control de convencionalidad precisamente en esta disposición constitucional, esto es, en una obligación constitucional de derecho interno. En este caso, la fuente de la obligación del control de convencionalidad es interna y no proviene directamente del derecho internacional. Como se puede observar, cuando existe una expresa disposición constitucional nacional, el juez constitucional —bajo el modelo concentrado— tendría la facultad de verificar la conformidad de la ley a los tratados internacionales —*a fortiori* de los tratados internacionales de derechos humanos—. El proceso anterior incorporaría el derecho internacional convencional al bloque de constitucionalidad, el cual es objeto de control de constitucionalidad.<sup>19</sup> Esto último sí que significaría probablemente una fusión o entrelazamiento del control de constitucionalidad con el control de convencionalidad. En otras palabras, el juez constitucional, en virtud del control de constitucionalidad, debería examinar la conformidad no solo de la ley a la Constitución, sino también de la ley al tratado internacional, porque así lo dispone la Constitución. Como se verá, esta idea fue rechazada por el juez constitucional francés.

Se debe tener presente que la técnica del control de convencionalidad en Francia se ha desarrollado a partir del reconocimiento expreso en su texto constitucional de la jerarquía superior de los tratados frente a la ley.

## 2 EXAMEN COMPARADO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Desde el punto de vista del derecho comparado, una serie de tribunales nacionales ya han efectuado concretamente el control de convencionalidad, aun cuando no utilicen expresamente esta expresión en el caso particular. Los sistemas de control de la convencionalidad son diversos y muchas veces están vinculados a los modelos de control de constitucionalidad.

La doctrina del control de convencionalidad de la Corte IDH incumbe a los Estados partes de la CADH. Los Estados europeos que forman parte del sistema europeo de protección de los derechos humanos están sujetos a las decisiones y a la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos. A estos Estados, por supuesto, la doctrina

interamericana del control de convencionalidad no les afecta. Pero ello no quiere decir que dichos Estados no estén igualmente obligados a controlar la convencionalidad de las normas internas y a hacerlas primar cuando exista desconformidad. Desde el punto de vista de los argumentos aportados por la Corte IDH para justificar el control de convencionalidad, la situación es la misma con la Convención Europea de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos. A continuación veremos brevemente el caso de Italia, muy cercano al caso francés antes analizado, que se inserta en el contexto del sistema europeo de derechos humanos. Luego examinaremos algunos casos latinoamericanos, con modelos diversos de control de constitucionalidad, pero que no obstante han realizado todos ellos experiencias exitosas de control de convencionalidad. En estos casos latinoamericanos, la doctrina de la Corte IDH relativa al control de convencionalidad rige plenamente.

## 2.1 LAS SOLUCIONES FRANCESA E ITALIANA

El caso de Francia resulta del mayor interés por el derrotero que ha seguido el control de convencionalidad en dicho país y por la evolución que ha experimentado el control de constitucionalidad ante el juez constitucional francés.

El artículo 55 de la Constitución francesa de 1958 consagra la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las leyes y reafirma la primacía de las normas internacionales por sobre el orden jurídico interno.<sup>20</sup> Sin embargo, el texto constitucional no señaló quien debía pronunciarse sobre la aplicación de este principio, por eso que los órganos jurisdiccionales se vieron obligados a enfrentar esta situación pretorianamente.

Así, en 1975, el Consejo Constitucional (el equivalente de lo que en español se entiende por tribunal constitucional) declinó efectuar un control de convencionalidad de la ley en el caso de *l'Interruption Volontaire de la Grossesse* (IVG — 15 de enero de 1975).<sup>21</sup> Posteriormente, la Corte de Casación —la más alta jurisdicción judicial en Francia— el 24 de mayo de 1975, en el caso de la *Société des Cafés Jacques Vabre*, aceptó efectuar un control de convencionalidad de las normas.<sup>22</sup> Bastantes años después, el Consejo de Estado —la más alta jurisdicción administrativa en Francia— se vio también enfrentado a pronunciarse sobre el control de convencionalidad de las leyes. Esta vez, el Consejo de Estado en el *affaire Nicolo* (1989) aceptó efectuar el mencionado control de convencionalidad de la norma.<sup>23</sup> En efecto, con la lectura de la sentencia Nicolo de 20 de octubre de 1989, el Consejo de Estado afirmó, por primera vez, la superioridad de las convenciones internacionales regularmente incorporadas en el derecho interno sobre todas las leyes posteriores.<sup>24</sup>

De esta manera, derivado de estos tres derroteros jurisprudenciales, quedó establecido que el Consejo Constitucional efectuaba el control de constitucionalidad y que el resto de los jueces efectuaban el control de convencionalidad, aun cuando habría sido perfectamente posible que el Consejo Constitucional considerara que el

derecho internacional convencional ingresaba en el control de constitucionalidad por la vía del artículo 55 de la Constitución.<sup>25</sup> Algunos autores —quizás al igualar el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad— advierten sobre el peligro que podría correr la integridad del edificio jurídico interno con la incorporación del control de convencionalidad.<sup>26</sup> El control de convencionalidad que realizan en Francia el juez judicial y el juez administrativo derivaría del principio de supremacía constitucional. En efecto, el juez nacional se siente constitucionalmente habilitado para hacer prevalecer los tratados internacionales por sobre la ley. Sin embargo, esta misma supremacía constitucional impediría al juez examinar la disconformidad entre una norma constitucional y una norma internacional.<sup>27</sup>

A pesar de que el Consejo Constitucional no realiza un control de convencionalidad, ha tenido la posibilidad de precisar que la condición de reciprocidad en el cumplimiento de los tratados carece de objeto para los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos, el Tratado de Roma que crea el Estatuto de la Corte Penal Internacional<sup>28</sup> o los tratados de la Unión Europea.<sup>29</sup>

Cabe hacer presente que el control de convencionalidad en Francia pone en juego la regla de conflicto de normas consistente en el principio, enunciado en la Constitución, de superioridad jerárquica de los tratados por sobre la ley.<sup>30</sup> Recordemos que el fundamento de derecho constitucional positivo en virtud del cual los jueces ordinarios efectúan el control de convencionalidad reside en el artículo 55 de la Constitución, de 4 de octubre de 1958, que establece el principio de conformidad de las leyes o normas de rango legal a los tratados internacionales, los cuales son reconocidos como normas de jerarquía superior a la ley. Este es un principio crecientemente aceptado o admitido por el constitucionalismo comparado y la mayoría de los países lo han reconocido. Así por ejemplo, las Constituciones de Bolivia,<sup>31</sup> Chile,<sup>32</sup> Ecuador<sup>33</sup> y Paraguay.<sup>34</sup>

Un ejemplo de control de convencionalidad efectivamente ejercido se produjo en una serie de casos del año 2011. En efecto, en el mes de abril de 2011, la Corte de Casación francesa —en formación de asamblea plenaria— tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre cuatro casos similares en donde los afectados manifestaban que no habían podido beneficiarse de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención y durante su interrogatorio ante los funcionarios policiales.<sup>35</sup>

En términos generales, la Corte de Casación sostuvo que los procedimientos de detención conducidos de acuerdo al Código de Procedimiento Penal eran irregulares y no cumplían con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que consagra el derecho de todas las personas a tener un juicio justo. Por lo tanto, dispuso, en los casos mencionados, que las personas detenidas por la policía debían ser liberadas. En este caso, la Corte efectuó un control de convencionalidad del artículo 63-4 del Código de Procedimiento Penal, que regula la detención, y determinó

que la referida disposición no cumplía con las exigencias del artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Uno de estos casos se refería a un recurso de casación de la afectada el cual es finalmente acogido por la Corte, considerando el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos y teniendo presente que los Estados adherentes a esta Convención deben respetar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin esperar a ser atacados delante de ella ni a haber modificado su legislación. Además, la Corte de Casación señaló que para que el derecho a un proceso justo consagrado por el artículo 6, n° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos sea efectivo y concreto, es necesario, por regla general, que la persona detenida beneficie de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la privación de libertad y durante sus interrogatorios.<sup>36</sup> En este caso, el informe del representante del Ministerio Público señaló que

en cuanto al artículo 6, n° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos y respecto del principio general del derecho a la defensa, derecho esencial del proceso justo, la efectividad de un proceso justo exige, particularmente, que la persona detenida sea asistida por un abogado desde su primer interrogatorio. El recurrente en este caso no benefició de la asistencia de un abogado más que después de su interrogatorio por lo que las exigencias del proceso justo no son cumplidas. Las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos se imponen a los Estados partes o adherentes que tengan disposiciones legislativas análogas a aquellas censuradas por la Corte en el caso concreto. Optando en favor de un error sobre el alcance normativo de los artículos del Código Procesal Penal, la Corte recurrida ha cometido un error de derecho.<sup>37</sup>

Los otros tres casos se referían a recursos interpuestos por el Procurador general en contra de decisiones de la Corte de Apelaciones de Rennes que había dejado sin efecto la detención de los afectados ya que el procedimiento no había sido regular porque ellos no habían beneficiado de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención y durante su interrogatorio. Los recursos fueron todos rechazados por la Corte de Casación.

En estos casos, la Corte tuvo en consideración que los Estados adherentes a la Convención Europea de Derechos Humanos deben respetar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin esperar a ser atacados delante de ella ni a modificar su legislación para hacerlo. Además, la Corte de Casación agregó que la Corte Europea de Derechos Humanos, en los términos de sus sentencias *Salduz c. Turquía* y *Dayanan c. Turquía*, de 27 de noviembre de 2008 y 13 de octubre de 2009 respectivamente, juzgó que para que el derecho a un proceso justo consagrado por el artículo 6,

n° 1, de la Convención Europea de Derechos Humanos sea efectivo y concreto, era necesario, por regla general, que la persona detenida pudiera beneficiar de la asistencia de un abogado desde el comienzo de la detención y durante sus interrogatorios.<sup>38</sup>

Un aspecto singular de esta jurisprudencia, que resalta la potencialidad del control de convencionalidad, es que, en el período anterior a la ocurrencia de estos casos, el Parlamento francés había adoptado una modificación legal de las normas que regulaban la detención, adecuándola a las exigencias impuestas por la Convención Europea de Derechos Humanos, y que debía entrar en vigor en junio de 2011. Esta modificación legal autorizaba a los abogados a estar presentes y participar en los procedimientos policiales de detención. En este caso, en la práctica, la Corte de Casación adelantó la puesta en práctica de las garantías contenidas en la modificación legal, aun antes de la entrada en vigor de la referida reforma, aplicando directamente la Convención Europea de Derechos Humanos, a través del test de convencionalidad.

Las sentencias de la Corte de Casación provocaron una inmediata reacción del gobierno francés, que decidió autorizar la presencia de abogados desde el inicio de la detención y durante los interrogatorios y declaraciones. Con todo, la Corte no hizo referencia a la modificación legal que adecuaba las normas sobre detención policial ni mucho menos ordenó la entrada en vigor adelantada de la reforma. No lo hizo ni tenía el poder para hacerlo. En cambio, la Corte de Casación sí recordó en sus decisiones que los Estados partes en la Convención Europea de Derechos humanos, entre ellos, por supuesto, Francia, tenían la obligación de respetar las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos, sin tener que esperar una sentencia condenatoria de dicha Corte o esperar a que se adecúe la legislación interna. En último término, la Corte de Casación resolvió que las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre la presencia de un abogado durante la detención policial debían tener aplicación inmediata. Las decisiones del tribunal francés son de la máxima importancia en una visión de derecho comparado. Estas decisiones muestran la dinámica más exigente —desde el punto de vista de los derechos humanos— que imprime la realización efectiva de un control de convencionalidad. El control de convencionalidad articula de manera eficiente, en beneficio de la dignidad de la persona humana, el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno y, desde un punto de vista funcional, la función jurisdiccional internacional y la función jurisdiccional estatal. En la práctica, mediante la técnica del control de convencionalidad, el juez estatal se transforma en el juez de los derechos humanos, o bien, desde el punto de vista de la subsidiariedad, el juez estatal se convierte en el juez de los derechos humanos del derecho común.

De la experiencia de la Corte de Casación que acabamos de describir, podemos extraer diversas consecuencias. En primer lugar, se trata de un efectivo control de convencionalidad respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos. En segundo lugar, la Corte de Casación reitera su rol inmunizador del Estado frente a ataques

ante jurisdicciones internacionales de derechos humanos, rol que desempeñan también todos los jueces nacionales, en cuanto tienen la obligación de impedir que el Estado sea atacado ante la Corte Europea de Derechos Humanos, simplemente mediante el deber de cumplimiento de la Convención y de acatamiento de las decisiones de la Corte Europea de Derechos Humanos. En tercer lugar, en estos casos, la Corte de Casación recuerda la jurisprudencia de la Corte Europea y los criterios en ella afirmados. Cabe hacer presente que en la jurisprudencia invocada por la Corte, Francia no era parte y, sin embargo, los jueces de casación extraen las consecuencias para Francia de los fallos pronunciados en contra de terceros Estados. Por último, en todos estos casos, la Corte de Casación reitera el principio —explicitado por la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos— de que la protección de los derechos humanos reconocidos en la Convención Europea debe ser efectiva y concreta, pero no ilusoria ni teórica.

Por otra parte, Francia ha experimentado una interesante evolución en materia de protección efectiva de los derechos fundamentales contenidos tanto en el derecho nacional como en el derecho europeo y el derecho internacional. Ya con la sentencia sobre el tratado sobre la Constitución para Europa de 2004, el Consejo Constitucional había esbozado la posibilidad de convertirse en el juez comunitario del derecho interno y, por lo tanto, de ser el órgano de control del cumplimiento del derecho de la Unión.<sup>39</sup>

Además, debe recordarse que el Consejo Constitucional ha dado pasos hacia convertirse en un verdadero tribunal constitucional clásico e incluso, posiblemente, dotado de atribuciones que superan otros tribunales constitucionales. En efecto, con la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, se introdujo un nuevo artículo 61-1 y se modificó el artículo 62 de la Constitución, creando un procedimiento de examen por vía de excepción de la constitucionalidad de las leyes, que se denomina la cuestión prioritaria de constitucionalidad (*question prioritaire de constitutionnalité*).<sup>40</sup> Desde el 1º de marzo de 2010, a través de este mecanismo, todo justiciable puede durante un proceso o gestión invocar la inconstitucionalidad de una disposición legislativa, por medio de una cuestión prioritaria de constitucionalidad. Este mecanismo constitucional reconoce a todo justiciable un derecho nuevo (de acceso a la justicia constitucional) permitiéndole hacer valer los derechos que él extrae de la Constitución.<sup>41</sup> Esta cuestión prioritaria de constitucionalidad es transmitida por el juez de fondo al Consejo de Estado o a la Corte de Casación y luego, en su caso, al Consejo Constitucional en el evento que se cumpla con las condiciones indicadas en la ley orgánica de 10 de diciembre de 2009, relativa a la aplicación del artículo 61-1 de la Constitución.<sup>42</sup> La cuestión de constitucionalidad debe referirse a una norma legal aplicable al juicio o ser el fundamento de la persecución penal. La norma legal atacada no debe haber sido previamente declarada constitucional salvo que haya habido cambio de las circunstancias. La cuestión de constitucionalidad es prioritaria por dos

razones. Por una parte, porque planteada la cuestión ante la instancia debe ser examinada inmediatamente, en forma urgente. Por otra parte, si se recurre a la jurisdicción porque se objeta la constitucionalidad de una ley (cuestión de constitucionalidad) y, al mismo tiempo, porque se objeta la conformidad de la ley a los tratados y acuerdos internacionales (excepción de inconvencionalidad), la jurisdicción debe primero examinar la cuestión de constitucionalidad.<sup>43</sup> Esta prioridad tiende a salvaguardar la superioridad jerárquica del texto constitucional por sobre el derecho internacional convencional y el derecho de la Unión Europea.<sup>44</sup>

El Consejo Constitucional tiene la facultad de invalidar la disposición legal por inconstitucionalidad e indicar los plazos y modos en que dicha invalidación tendrá efecto. Este verdadero control *a posteriori* de constitucionalidad de las normas que realiza el Consejo Constitucional actúa paralela pero prioritariamente ante el control de convencionalidad que realizan los jueces ordinarios. Incluso, en virtud de las nuevas competencias del Consejo Constitucional y debido a un fértil y sano diálogo judicial con la Corte Europea de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es posible que el Consejo Constitucional asuma tácitamente un control de convencionalidad y comience a desplazar lentamente el control de convencionalidad —hasta ahora realizado por los jueces ordinarios y administrativos— hacia la jurisdicción constitucional.<sup>45</sup>

Adicionalmente, la idea de la primacía de los derechos humanos se convierte en la piedra angular del orden público internacional tanto como de las democracias constitucionales. Justamente, la Sala Civil de la Corte de Casación francesa se ha negado a reconocer la validez a una sentencia de divorcio pronunciada por un tribunal marroquí porque el procedimiento de divorcio regulado por el código de la familia marroquí no aseguraba el principio de igualdad entre los esposos durante la disolución del matrimonio y, por lo tanto, era contrario al orden público internacional. Dicho principio de igualdad es enunciado por el artículo 5 del Protocolo n° VII, de 22 de noviembre de 1984, adicional a la Convención Europea de Derechos Humanos, que Francia se ha comprometido a garantizar a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción, y forma parte del orden público internacional.<sup>46</sup>

Además, no solo la Sala Civil, como se ha visto precedentemente, ni el pleno, como en los casos de 2011 antes mencionados, se han destacado concretando este control de convencionalidad, sino también la Sala Social de la Corte de Casación francesa. Así, la Corte ha afirmado que, en caso de ausencia de disposición en la convención colectiva acerca del monto de beneficios e indemnizaciones a favor del trabajador en un caso particular, dicho monto debe ser fijado conforme al artículo 11 de la Convención Internacional del Trabajo n° 158, relativo a la cesación de la relación de trabajo a iniciativa del empleador. En este caso, la Corte hace la afirmación de principio de que el artículo 1°, el artículo 2, párrafo 2, letra b) y el artículo 11 de la Convención Internacional del Trabajo n° 158, relativo a la cesación de la relación de

trabajo a iniciativa del empleador, adoptada en Ginebra el 22 de junio de 1982 y entrada en vigor en Francia el 16 de marzo de 1990, son de aplicación directa ante las jurisdicciones nacionales.<sup>47</sup>

El control de convencionalidad ante la Corte de Casación francesa se realiza evidentemente no solo respecto de la Convención Europea de Derechos Humanos u otros tratados internacionales, sino además respecto de los Tratados de la Unión Europea. Obviamente, en este caso, existe el poderoso precedente pretoriano del principio de primacía del derecho de la Unión y del efecto directo. Con todo, desde la perspectiva interna, este sigue siendo un control de convencionalidad. Así, la Corte de Casación conoció el caso de un trabajador hombre que alegaba ser víctima de una discriminación en relación con una mujer que se encontraba en su misma situación desde el momento en que había sido privado del beneficio del estatuto de agente permanente de la empresa de trenes y de las ventajas que de ese estatuto se derivan en circunstancias que él cumplía con las condiciones. En este caso, la Corte confirmó que esta discriminación era contraria al Derecho de la Unión. En efecto, la Corte señaló que tal reglamentación era contraria al principio comunitario de igualdad de tratamiento entre trabajadores masculinos y femeninos en materia de empleo y de trabajo tal como resulta del artículo 141, párrafo 4, del Tratado CE, del artículo 3, párrafo 1, y del artículo 2, párrafo 4, de la Directiva 76/207/CEE.<sup>48</sup>

El caso italiano es similar, en parte, y diferente, en otra parte, respecto de la solución francesa. En primer lugar, debe hacerse presente que la Constitución italiana en su artículo 10 inciso 1° expresa el principio de que “el ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”. En términos relativamente similares, el Preámbulo de la Constitución francesa de 1946 contiene una referencia al principio de que “la República Francesa, fiel a sus tradiciones, se conforma a las reglas del derecho público internacional”.<sup>49</sup> Se debe recordar que el Preámbulo de la Constitución de 1946 ha sido incorporado al bloque de constitucionalidad de la Constitución de 1958.

Luego, el artículo 117, inciso 1°, de la Constitución italiana —modificado en el año 2001— dispone que “la potestad legislativa es ejercida por el Estado y por la Región respetando la Constitución, y también las limitaciones que derivan del ordenamiento de la Unión Europea y de las obligaciones internacionales”. En consecuencia, los acuerdos internacionales ratificados por ley tendrán un rango superior a las demás leyes ordinarias italianas, debido a que una norma constitucional, en este caso el artículo 117, inciso 1°, impone al legislador italiano ejercer su competencia respetando, *inter alia*, el derecho internacional convencional. Por consiguiente, al igual que en el caso francés, con esta disposición constitucional está asegurada la superioridad jerárquica de los tratados internacionales a la ley.

Sin embargo, a diferencia de la solución francesa proporcionada por el Consejo Constitucional, el órgano jurisdiccional constitucional italiano no rechaza efectuar

un control de la conformidad de la ley a los tratados internacionales. En el fondo, este control de la convencionalidad viene impuesto por la Constitución en su artículo 117. La Corte Constitucional opta por la interpretación de que la no conformidad de la ley a un tratado es una violación de la Constitución y, por tanto, ejerciendo primeramente su función de control de constitucionalidad, ejerce al mismo tiempo un control de convencionalidad. En este sentido, Conforti ha afirmado que debe considerarse, por tanto, que está viciada por inconstitucional, por violación indirecta de la Constitución, y puede como tal ser anulada por la Corte Constitucional, la ley ordinaria que no respeta las limitaciones que derivan de un tratado internacional.<sup>50</sup>

Así, en el año 2007, la Corte Constitucional italiana juzgó que el control de la conformidad de las leyes a los tratados internacionales y, particularmente, a la Convención Europea de Derechos Humanos, cuya primacía es de ahora en adelante expresamente prevista en la revisión constitucional de 2001, relevaba de su competencia exclusiva.<sup>51</sup>

El examen de los casos francés e italiano nos ha interesado por dos razones. Por una parte, porque es en Francia donde se ha desarrollado abundantemente la noción de control de convencionalidad, mucho tiempo antes que este concepto fuera adoptado por la Corte IDH. Por otra parte, como se ha visto, la noción de control de convencionalidad ha surgido y ha evolucionado en Francia y, *mutatis mutandis*, en Italia, a partir de las disposiciones de derecho constitucional nacional que consagran la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley.

Como se ha observado, en estos casos, el control de convencionalidad no ha tenido, en principio, una vinculación específica con los tratados internacionales de derechos humanos, como sí ha ocurrido en el caso de la doctrina sobre control de convencionalidad desarrollada por la Corte IDH. Aun cuando debe reconocerse que en estos casos los derechos humanos reconocidos en convenciones internacionales (Convención Europea de Derechos Humanos) han sido el caldo de cultivo apropiado para el auge e implementación del control de convencionalidad.

## 2.2 EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LAS EXPERIENCIAS LATINOAMERICANAS

Para el examen de las experiencias comparadas en Latinoamérica, cabe tener presente la doctrina del control de convencionalidad desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A diferencia de los casos de Francia e Italia, cualquier comparación entre los comportamientos constitucionales de los Estados latinoamericanos debe efectuarse actualmente bajo el prisma de la jurisprudencia de la Corte IDH a propósito del control de convencionalidad. Sin duda, esta doctrina ha generado mucho debate en la doctrina latinoamericana y ha influido en uno y otro sentido la actitud adoptada por los diversos órdenes constitucionales nacionales.

Primero, analizaremos algunos ejemplos de Estados en donde no existe un tribunal constitucional encargado de la labor de protección de la Constitución. Luego,

examinaremos algunos ejemplos donde la Constitución ha creado un órgano jurisdiccional especialmente destinado al control de la Constitución.

A diferencia de Francia e Italia, con su Consejo Constitucional y Corte Constitucional, respectivamente, Uruguay no posee un tribunal constitucional. La jurisdicción constitucional y particularmente la función de control de la constitucionalidad de las normas están entregadas a la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.<sup>52</sup>

Asimismo, a diferencia de Francia e Italia, la República de Uruguay no contiene una norma constitucional que establezca la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre la ley. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de Uruguay ha efectuado, con ocasión del examen de una acción de inconstitucionalidad, un control de convencionalidad, admitiendo implícitamente que las normas constitucionales deben ser interpretadas conforme a los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, en el caso *Nibia Sabalsagaray Curutchet*, relativo a la ley de amnistía o ley de caducidad del Uruguay, la Suprema Corte de Justicia efectuó un adecuado proceso de control de convencionalidad al declarar inaplicable por inconstitucional las disposiciones de dicha ley, tomando debida cuenta de las obligaciones convencionales del Estado (particularmente, las obligaciones que emanan de la CADH). Respecto de este caso, con posterioridad, la propia Corte IDH admitió expresamente —en el caso *Gelman*— que la Suprema Corte de Justicia de Uruguay, en el caso *Sabalsagaray*, realizó un adecuado control de convencionalidad respecto de la Ley de Caducidad, con ocasión de un recurso destinado a efectuar un control de constitucionalidad.<sup>53</sup>

Al igual que Francia y a diferencia de Uruguay, la Constitución argentina contiene claramente una disposición que establece que los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes.<sup>54</sup> Pero, además, la Constitución argentina, coincidiendo con una tendencia en Latinoamérica, consagra expresamente el rango constitucional de ciertos tratados de derechos humanos.<sup>55</sup> La Constitución argentina no contempla un modelo específico de control de la constitucionalidad de las normas, ni atribuye esta función a un órgano, por lo que se ha inferido que consagra implícitamente un sistema de control difuso, muy cercano al modelo americano, a partir de los artículos 31 y 75 de la Constitución, que reconocen la jerarquía superior de la Constitución y de los tratados internacionales respecto de la ley. En esta línea, implícitamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en los casos *Ekmekdjian y Simón*, efectuó un control de convencionalidad en el sentido señalado por la Corte IDH.<sup>56</sup>

Igual que en Uruguay y en Argentina, en México, la Constitución no ha creado un tribunal constitucional —como ocurría en los casos de Francia e Italia—. En México, la función última de control de constitucionalidad de las normas ha sido entregada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En México, Uruguay y Argentina, la Constitución no consagra una norma general que reconozca la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a

la ley. En esta línea, aun cuando no resuelve la cuestión del rango jerárquico de los tratados internacionales frente a ley, la Constitución de México considera a los tratados internacionales que se conformen a la Constitución como la Ley Suprema de toda la Unión.<sup>57</sup> Ahora bien, a diferencia de Uruguay y Argentina, la Constitución de México sí consagra una disposición que establece que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.<sup>58</sup> Y, en este sentido, la Constitución mexicana pasa a ser un ejemplo para el constitucionalismo latinoamericano.

En México, los tribunales ejercen un control difuso de constitucionalidad y también de convencionalidad, teniendo la Corte Suprema la facultad de uniformar la jurisprudencia en caso de tesis contradictorias. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce asimismo de la acción de inconstitucionalidad.<sup>59</sup> En consecuencia, finalmente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ejerce un control de constitucionalidad, pudiendo al mismo tiempo implícitamente ejercer un control de convencionalidad, el cual, como se verá, estará sensiblemente influenciado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

Así, en numerosas ocasiones, los tribunales mexicanos han efectuado expresamente un control de convencionalidad de su derecho interno.<sup>60</sup> Por ejemplo, en un caso donde una persona que trabajaba en la administración del Estado reclama ante el tribunal contencioso administrativo pertinente a propósito de la figura de la “separación voluntaria de la administración”, el tribunal contencioso administrativo se declaró incompetente porque consideraba que se trataba de una materia laboral, puso fin al procedimiento y sobreesayó el asunto. La persona afectada entonces recurrió de amparo por estimar violado, *inter alia*, su derecho al acceso a la justicia. El tribunal colegiado en materia administrativa, en el fallo del recurso de amparo, acogió la petición, consideró violado el derecho al acceso a la justicia contenido en el artículo 17 de la Constitución mexicana y el artículo 25 de la CADH y ordenó al tribunal contencioso administrativo que envíe los antecedentes al tribunal competente en lo laboral. En la parte pertinente, esta sentencia señala:

Por lo tanto, para no violar la garantía de acceso a la justicia, la sala debió declinar el conocimiento del asunto a favor de la autoridad laboral correspondiente [...] Correlativamente, el derecho fundamental de acceso a la justicia no solo se encuentra contenido en el artículo 17 constitucional, sino también en instrumentos internacionales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...] En la interpretación que se ha hecho de este numeral por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha sido criterio sostenido en diversos casos, que para la satisfacción de la prerrogativa de acceso a la justicia no basta con la existencia formal de un

recurso, sino que los mismos deben ser efectivos; es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas y tener plena eficacia restitutoria ante la violación de derechos alegada. [...] Por último y a mayor abundamiento, se han emitido criterios por parte de la Corte Interamericana en el sentido de que, cuando un Estado, como en este caso México, ha ratificado un tratado internacional, como en el caso lo es la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque las disposiciones ahí contenidas no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que contraríen su objeto y fin, por lo que se debe ejercer un “control de convencionalidad” entre las normas de derecho interno y la propia Convención, tomando en cuenta para ello no solo el tratado, sino también la interpretación que de él se ha realizado, por lo que se estima que la sala debió apearse y buscar en su resolución, garantizar el efectivo acceso a la justicia del gobernado a fin de resolver, de manera efectiva, la controversia planteada.<sup>61</sup>

Incluso más, recientemente, la Suprema Corte de Justicia de México realizó un importante avance en el orden de la garantía de los derechos humanos al disponer que todos los jueces del país deberán “verificar la compatibilidad de sus decisiones con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte, incluyendo la Convención Americana y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.<sup>62</sup>

Se comprende que la doctrina mexicana se refiere al control difuso de convencionalidad porque México tiene un sistema difuso de control de constitucionalidad de las normas, tomado del modelo americano (cercano al modelo argentino).<sup>63</sup> En ese sentido, la modalidad de aplicación concreta del control de convencionalidad bajo la forma difusa calza con su modelo de control normativo. En el caso de aquellos países que tengan un sistema de control concentrado de las normas, quizás la modalidad más adecuada de control de convencionalidad será aquella que responda a dicho modelo. Sin embargo, todos los órganos del Estado están obligados a actuar conforme a Derecho.<sup>64</sup> Esto último significa actuar con sujeción a las normas formales y materiales en vigor, no solamente la Constitución y la ley, sino sobre todo con sujeción a los derechos humanos. Por esta razón, en la fundamentación del control de convencionalidad, la Corte IDH reconoce que todos los órganos del Estado, incluidos los jueces, como parte del aparato del Estado, están sometidos a la CADH.<sup>65</sup>

Este es un principio básico del constitucionalismo democrático y se reitera de una u otra manera en las constituciones de América. Así, por ejemplo, en los artículos 5, 6 y 7 de la Constitución de Chile, en el artículo 31 de la Constitución de Argentina, en los artículos 38 y 45 de la Constitución de Perú, en los artículos 5 y 6 de la Constitución de Colombia, y en el sugerente artículo 1º de la Constitución de

México.<sup>66</sup> Por su parte, la Corte IDH ha reconocido el principio del primado del derecho, expresándolo bajo la fórmula de la sumisión al imperio de la ley. La Corte se refiere a las prácticas judiciales internas, tal vez queriendo referirse a la línea de razonamiento y fundamentación seguido en los actos jurisdiccionales de los tribunales domésticos. En este contexto, los jueces interamericanos reconocen que son conscientes de que las autoridades internas en general y los jueces en particular “están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico”, es decir, que están obligados a actuar conforme a Derecho.<sup>67</sup>

En Perú, a diferencia de México, Uruguay y Argentina, existe un Tribunal Constitucional encargado del control de constitucionalidad de las normas.<sup>68</sup> Este es un modelo que se asemeja más, como se verá, al de Ecuador y Chile.

La Constitución Peruana no contempla una norma general que establezca, como en Francia, la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley. Dicha Carta Fundamental simplemente afirma que los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.<sup>69</sup> Del mismo modo, la Constitución peruana establece una norma clara sobre la obligación de interpretar las normas de derechos humanos conforme a los tratados internacionales de derechos humanos, muy similar a la disposición del artículo 1º, inciso 2º, de la Constitución mexicana.<sup>70</sup> Con todo, el Tribunal Constitucional peruano, ejerciendo sus funciones de control de la Constitución, ha asumido de hecho la competencia del control de convencionalidad.

Así, un control de esta naturaleza se produjo en el caso de *Wong Ho Wing*, un ciudadano de nacionalidad china que se encontraba físicamente en Perú y respecto de quien China solicitaba la extradición. El ciudadano chino corría grave riesgo de ser condenado a pena de muerte si era extraditado a China. En este contexto, el Estado de Perú estaba vinculado por un tratado de extradición entre Perú y China y por las disposiciones protectoras de la CADH. El Tribunal Constitucional de Perú conoció del caso con dos sentencias adoptadas respectivamente, el 24 de mayo y el 9 de junio de 2011, y ejerció expresamente un control de convencionalidad, disponiendo que el Estado se abstuviera de extraditar al señor Wong Ho Wing y que se procediera a juzgarlo por representación en Perú. Así, en la primera de estas sentencias, el Tribunal Constitucional de Perú expresó:

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado que los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen la obligación internacional de los Estados parte de “no someter a una persona al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición”.

En buena cuenta, el Estado peruano tiene dos obligaciones que, supuestamente, debe cumplir. De una parte, tiene la obligación de

extraditar al señor Wong Ho Wing en virtud del Tratado de Extradición entre la República del Perú y la República Popular China. De otra parte, también tiene la obligación de no someter al señor Wong Ho Wing al riesgo de aplicación de la pena de muerte vía extradición y de juzgarlo por los delitos por los cuales se le pretende extraditar.

Aparentemente, las obligaciones antes descritas son incompatibles entre sí, pues de hacerse efectiva la extradición del señor Wong Ho Wing, el Estado peruano se encontraría impedido de juzgarlo. En sentido contrario, si el Estado peruano decide juzgar al señor Wong Ho Wing se encontraría impedido de extraditarlo, pues prefiere salvaguardar la protección del derecho a la vida. Este aparente conflicto de obligaciones debe ser resuelto teniendo presente la protección del derecho a la vida del señor Wong Ho Wing, que también es una obligación impuesta al Estado peruano en mérito de los artículos 4 y 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.<sup>71</sup>

Este mismo asunto había sido objeto de solicitud de medidas cautelares por parte de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En este contexto, la Corte IDH decretó medidas provisionales solicitadas por la CIDH. En el control de estas medidas provisionales, la Corte Interamericana de Derechos Humanos alaba el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional de Perú y, finalmente, levanta las medidas provisionales decretadas en este caso.<sup>72</sup> Efectivamente, la Corte Interamericana se pronuncia de la siguiente manera:

La Corte Interamericana valora positivamente el control de convencionalidad realizado por el Tribunal Constitucional del Perú en el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía establecidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el presente procedimiento provisional.

Asimismo, sin perjuicio de la conclusión de las presentes medidas provisionales, la Corte Interamericana recuerda que los Estados tienen el deber constante y permanente de cumplir con las obligaciones generales que le corresponden bajo el artículo 1.1 de la Convención, de respetar los derechos y libertades en ella reconocidos y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción.<sup>73</sup>

Además, la Corte IDH agrega que estas obligaciones generales que se desprenden del artículo 1.1 de la Convención Americana “se imponen no solo en relación con el poder del Estado sino también en relación con actuaciones de terceros particulares”.<sup>74</sup>

De manera muy similar a Perú, la Constitución de Ecuador establece un sistema de control de la constitucionalidad concentrado, entregado al Tribunal Constitucional.

Un rasgo digno de ser destacado es que la Constitución de Ecuador incorpora un capítulo específico relativo a los tratados internacionales, del mismo modo que ocurre con la Constitución de Perú y la Constitución francesa.<sup>75</sup> Al igual que en el caso francés, pero a diferencia del caso peruano, la Constitución ecuatoriana prevé una norma específica relativa al rango jerárquico de los tratados internacionales en el orden jurídico ecuatoriano.<sup>76</sup> En Ecuador, los tratados internacionales se encuentran bajo la Constitución y por encima de las normas legales.

Sin embargo, la Constitución ecuatoriana establece en forma específica, como ocurre, *mutatis mutandis*, en Argentina, una disposición constitucional que consagra la jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos. En efecto, el artículo 424, inciso 2º, establece que lo siguiente: “La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público”.

De manera similar, como ocurre con las Constituciones francesa e italiana, la Constitución de Ecuador reconoce extensamente al derecho internacional como norma de conducta para el Estado.<sup>77</sup> Además, como ha sido la tendencia en Latinoamérica, y lo prueba el caso mexicano con su artículo 1º, inciso 2º, de la Constitución y el peruano con su Disposición Final Cuarta, la Constitución de Ecuador consagra una regla de aplicación e interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos, cuya aplicación directa se efectuará “siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución”.<sup>78</sup> Así, el Tribunal Constitucional de Ecuador ha tenido la oportunidad, con ocasión del control de la Constitución, de efectuar un efectivo control de convencionalidad.<sup>79</sup>

Dentro del Título relativo a las garantías constitucionales, la Constitución de Ecuador consagra el principio de supremacía jerárquica de los tratados internacionales por sobre la ley. En efecto, el artículo 84 de dicha Carta Fundamental señala: “La Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución”.<sup>80</sup> Este artículo de la Constitución Ecuatoriana es coincidente —en el principio de fondo que dicha disposición recoge— al artículo 117, inciso 1º, de la Constitución italiana.

En efecto, el presidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador, y el presidente de los Sistemas Comunitarios de Agua de las Parroquias Tarqui-Victoria del Portete de la Provincia del Azuay solicitaron el examen de constitucionalidad de la Ley Minera debido al no cumplimiento de las normas constitucionales

y sobre todo de los estándares fijados en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre pueblos indígenas y tribales para proceder a la consulta indígena. En 2010, el Tribunal Constitucional ecuatoriano determinó que la referida ley debía ser interpretada de conformidad con las exigencias provenientes de los tratados internacionales y, además, condicionó su constitucionalidad al cumplimiento de ciertas exigencias mínimas en materia de consulta y participación indígena provenientes de los tratados de derechos humanos. En este sentido, el Tribunal Constitucional ecuatoriano señaló:

Esta Corte, tomando como base a la Constitución de la República, instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador en la materia y jurisprudencia nacional e internacional, procederá a identificar algunos estándares relevantes y provisionales para dotar de eficacia y aplicación práctica a la consulta prevista en el numeral 7 del artículo 57 de la Carta Fundamental, ante la ausencia de norma infraconstitucional en la materia.<sup>81</sup>

Por su parte, Chile se caracteriza por lo escueto de sus disposiciones constitucionales referidas a los tratados internacionales y al derecho internacional, lo que tal vez condiciona la actitud de jueces, legisladores, servidores públicos y abogados.

El ordenamiento constitucional chileno no contiene una cláusula expresa que reconozca la jerarquía superior de los tratados internacionales frente a la ley, aun cuando el artículo 54, n° 1, de la Constitución permite acercarse a esta interpretación. En efecto, el artículo 54, n° 1, inciso 5°, de la Constitución chilena señala: “Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Por lo demás, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado señales en este sentido.<sup>82</sup>

Además, en el caso concreto de los tratados internacionales de derechos humanos, el artículo 5°, inciso 2°, de la Constitución señala: “El ejercicio de la soberanía reconoce único como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. El artículo 5° de la Constitución chilena ha generado gran debate doctrinario y ha servido, para los partidarios de la jerarquía constitucional de los tratados de derechos humanos, como un argumento de derecho positivo para fundar su interpretación. Esta disposición ha permitido en ocasiones requerir al Tribunal Constitucional un control de la constitucionalidad de las normas legales, pero usando como parámetro, incorporado en el referido artículo 5°, a los tratados internacionales de derechos humanos.

En el caso de Chile, el guardián de la Constitución por excelencia es el Tribunal Constitucional, como así mismo, de una manera particular, los tribunales ordinarios por la vía de los recursos de amparo y de protección.<sup>83</sup> Por esta razón es que se habla en doctrina de la existencia de un sistema de jurisdicción compartida en el control de constitucionalidad.<sup>84</sup> El juez nacional tiene la posibilidad de plantearle a través del control de constitucionalidad al tribunal constitucional la inaplicabilidad de una norma por inconstitucionalidad cuando se trate de un asunto de que esté conociendo. Con ese mismo expediente, todo juez nacional puede plantearle al Tribunal Constitucional que ejerza el control de convencionalidad a través del respectivo requerimiento de inaplicabilidad.<sup>85</sup> Un control de esta naturaleza por parte del Tribunal Constitucional chileno ya se ha esbozado y concretado en diversas causas, tales como el caso del derecho a la personalidad y a la identidad personal.<sup>86</sup>

En efecto, el Tribunal Constitucional chileno implícitamente efectuó un control de convencionalidad en el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel al declarar inaplicable el artículo 206 del Código Civil, por no encontrarse conforme con el artículo 18 de la CADH y el artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con la cláusula de apertura del artículo 5° de la Constitución.<sup>87</sup> Otro caso en que el Tribunal Constitucional chileno utilizó como parámetro de constitucionalidad no ya la Constitución propiamente tal sino que además un tratado internacional de derechos humanos es, de manera matizada, el caso de la ley de responsabilidad penal adolescente.<sup>88</sup>

En todos estos casos en que la Constitución le asigna la tarea de velar por la constitucionalidad de las normas a un tribunal constitucional, se podría sostener que el juez constitucional ha realizado un control de constitucionalidad y, al mismo tiempo, un control de convencionalidad, produciéndose una especie de desdoblamiento funcional de sus competencias en un sentido cercano a aquel que Georges Scelle y, más modernamente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea le han asignado.<sup>89</sup>

En resumen, en Uruguay la Suprema Corte de Justicia ha ejercido el control de convencionalidad mientras que la Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina —influenciada por el modelo americano— deja a cada juez el cuidado de la convencionalidad, al igual que ocurre con el caso Mexicano. En Perú y en Ecuador cuentan con un Tribunal o Corte constitucional encargado del control de la Constitución y estos últimos, a su vez, han asumido el control de convencionalidad. En el caso chileno, que como en Perú y Ecuador, cuenta con un modelo de Tribunal Constitucional, el control de convencionalidad asoma tímidamente en la función de la jurisdicción constitucional, aun cuando en ocasiones los jueces ordinarios también reivindican el control de convencionalidad.

## CONCLUSIÓN

Existen ejemplos concretos, tanto en Europa como en América Latina, de casos de control de convencionalidad efectivamente realizados, lo cual no hace sino reforzar la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la doctrina del control de convencionalidad. De acuerdo con los casos analizados, la forma de concretar el control de convencionalidad es variopinta y ello depende de las distintas soluciones nacionales que se adopten, ya sea expresamente en la Constitución o por vía pretoriana. Y creemos que es bueno que la forma de poner en práctica el control de convencionalidad dependa de las distintas soluciones nacionales, porque ello respeta la libertad y la diversidad jurídica constitucional nacional.

A diferencia de lo planteado por algunos autores, no vemos inconvenientes insuperables en la aplicación práctica del control de convencionalidad ya sea que el sistema de control de constitucionalidad —que haya adoptado el país en cuanto al órgano que la ejerce— sea uno concentrado, difuso o mixto.<sup>90</sup> Recordemos que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad son procedimientos similares, que comparten elementos comunes, pero no idénticos.<sup>91</sup>

Es indudable que aquellos Estados cuya Constitución incorpora en su dispositivo la regla de la superioridad jerárquica de los tratados internacionales frente a la ley y, además, la regla de la interpretación de los derechos humanos de conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos, tienen mayor facilidad para realizar un control de convencionalidad en su orden interno. En estos casos, el fundamento de base para justificar el control de convencionalidad se encuentra en la misma Constitución.

En cambio, en aquellos Estados que no han incorporado en su Constitución disposiciones como las mencionadas en el párrafo anterior, pueden encontrar el fundamento del control de convencionalidad en la obligación internacional que emanan del compromiso del Estado de dar cumplimiento a los tratados internacionales y de adecuar su derecho interno a las obligaciones internacionales voluntariamente adquiridas por el Estado.

El control de convencionalidad y el debate que él ha generado dejan en evidencia los esfuerzos que se realizan para ir acomodando en el orden estatal la interacción e interrelación, cada vez más intensa, entre diversos órdenes jurídicos. En el mundo contemporáneo, el Estado no tiene el monopolio exclusivo de la creación del Derecho aplicable dentro de su jurisdicción. El control de convencionalidad es quizás una expresión más de la actual búsqueda de explicación y de ajuste —en la arquitectura jurídica estatal— de normas que tienen su origen en otro orden jurídico diverso del estatal y que lo penetran. El control de convencionalidad se convierte así en una respuesta por parte del juez nacional cuando se encuentra enfrentado a un orden normativo plural. Queda por ver qué otras soluciones jurídicas serán desarrolladas en los órdenes estatales para ir ajustando la estructura jurídica nacional a la aplicación de normas provenientes no ya solo del orden internacional, sino también

del indígena, o —si progresan lo suficiente los procesos de integración latinoamericanos— del orden regional.

: ARTIGO APROVADO [02/12/2013] : RECEBIDO EM 27/07/2013

## NOTAS

1 Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, par. 124.

2 Corte IDH: *Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C n° 238, par. 93; Cfr. Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220, par. 225.

3 “Malgré des différences apparentes, ce contrôle de conventionnalité nous paraît, en effet, s'apparenter très largement à un contrôle de constitutionnalité des lois.” Duthéillet de Lamothe, Olivier: “Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité”, in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris: Dalloz, 2007.

4 “[A] referirse a un ‘control de convencionalidad’ la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. [...] De lo que se trata es de que haya conformidad entre los actos internos y los compromisos internacionales contraídos por el Estado, que generan para éste determinados deberes y reconocen a los individuos ciertos derechos.” Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú*, del 24 de noviembre de 2006, par. 2.

5 Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 18. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

6 “Tendo em vista a necessidade de haver um Controle de Constitucionalidade para que as normas infraconstitucionais estejam de acordo com a Constituição, também deverá ter um Controle de *Convencionalidade*, de modo que as novas normas infraconstitucionais também estejam de acordo com as normas supralegais, ou seja, os Tratados Internacionais.” Assis de Andrade, Gabriel Ricardo. “Aspectos Gerais da Inconstitucionalidade da Prisão Civil do Depositário Infiel e do Controle de Convencionalidade”. *Revista Eletrônica de Direito Internacional*, vol. 5 (segundo semestre de 2009), p. 157-175.

7 “C’est pourquoi, la primauté du droit communautaire, et c’est là sa spécificité, doit être considérée non pas seulement comme une règle de conflit de normes, mais aussi comme une norme autonome d’*habilitation* au profit du juge interne. Elle génère alors un dédoublement fonctionnel des compétences de celui-ci, parfois qualifié pour cette raison de ‘juge communautaire de droit commun’”. La expresión es utilizada por el juez de primera instancia, TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pack Rausing SA c/ Commission*, aff. T 51/89, *Rec.*, p. II-309, spéc. point 42; Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

8 Vid. Scelle, Georges: *Précis de droit des gens. Principes et systématique* (vol. I) (Paris: Sirey, 1932), p. 43, 54-56, 217; (vol. II) (1934), p. 10, 319, 450; Cassese, Antonio: "Remarks on Scelle's Theory of 'Role Splitting' (*dédoulement fonctionnel*) in International Law". *European Journal of International Law*, (1990), p. 210-231; Cfr. también TPICE, 10 juillet 1990, *Tetra Pack Rausing SA c/ Commission*, aff. T 51/89, *Rec.*, p. II-309, spéc. point 42 .

9 "Hay que insistir en que los propios Estados, garantes del sistema interamericano de derechos humanos, son al mismo tiempo piezas esenciales de ese sistema, al que concurren a través de una voluntad política y jurídica que constituye la mejor prenda de la eficacia verdadera del régimen internacional de protección de los derechos humanos, sustentado en la eficacia del régimen interno de protección de esos derechos." Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 5.

10 Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 11.

11 "La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el 'criterio de interpretación y aplicación', este sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida —insisto— merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales." Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 8.

12 Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004, par. 6.

13 "[E]s preciso alentar la conexión expresa y suficiente —que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales— entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que 'tienen el puente' entre ambos órdenes y al postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas." Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 10.

14 "La recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos constituye uno de los rasgos positivos sobresalientes en la hora actual, que conviene reconocer, sostener y acrecentar." Corte IDH: *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C n° 158. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú, del 24 de noviembre de 2006, par. 9.

15 "Ciertamente, esos 'estándares' internacionales coinciden en muy amplia medida, o acaso totalmente, desde la perspectiva de las normas vigentes, con los propósitos y los mandamientos recogidos por los ordenamientos supremos nacionales, e incluso por gran parte de la legislación secundaria. Es preciso desplegar, por ende, la voluntad política y jurídica de los Estados que suprima de una vez las violaciones más frecuentemente observadas y acredite el ingreso a nuevas etapas en la tutela de los derechos fundamentales. De lo contrario, seguiremos encontrando los mismos hechos violatorios, exponiendo los mismos argumentos y emitiendo las mismas opiniones o resoluciones, sin que esto cale tan profundamente como debiera en la vida de nuestras naciones." Corte IDH: *Caso Tibi vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C n° 114. Voto concurrente razonado del juez

Sergio García Ramírez a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Tibi vs. Ecuador*, del 7 de septiembre de 2004, par. 9.

16 “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” CADH suscrita en la conferencia especializada interamericana sobre derechos humanos. San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

17 Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, pars. 121-123.

18 Corte IDH: *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C n° 154, par. 125; “Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.” Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

19 Sobre el origen y el concepto de bloque de constitucionalidad, vid. Car cassone, Guy: *La Constitution*. Paris: Seuil, 10ème édition, 2011, p. 286-287; “[E]n ce qui concerne les droits fondamentaux, les normes de références du contrôle de conventionnalité et du contrôle de constitutionnalité des lois au fond sont à peu près les mêmes [...] L’addition des exigences prescrites par les traités applicables au sein de l’ordre juridique français fournit une liste de droits supérieure ou égale à celle que donne notre bloc de constitutionnalité”. Bechillon, Denys de: “De quelques incidences du contrôle de la conventionnalité internationale des lois par le juge ordinaire (Malaise dans la Constitution)”. *Revue Française de Droit Administratif* (1998), p. 225.

20 “Article 55: Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l’autre partie.” Constitución francesa de 4 de octubre de 1958.

21 Conseil Constitutionnel: Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975. *Loi relative à l’interruption volontaire de la grossesse*; Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 17. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

22 Olivier Dutheillet de Lamothe: “Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France”. Membre du Conseil constitutionnel Français, p. 2. Disponible en: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/madrid\\_odutheillet\\_avril\\_2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf)>. Acceso el: 21 jul. 2011.

23 Sudre, Frédéric: “La dimension internationale et européenne des libertés et droits fondamentaux”. Cabrillac, Rémy et al.: *Libertés et droits fondamentaux*. Paris: Dalloz, 17 édition, 2011, p. 35-55, especialmente p. 41; Chapus, René: *Droit administratif général*. Tome 1. Paris: Montchrestien, 15 édition, p. 156.

24 Chapus, René: *Droit administratif général*. Tome 1. Paris: Montchrestien, 15 édition, p. 158.

25 “Il aurait été pourtant parfaitement envisageable d’estimer que la conformité de la loi aux traités internationaux est une exigence constitutionnelle en vertu de l’article 55, et qu’il appartient donc au Conseil constitutionnel d’en vérifier le respect. La conséquence aurait été évidemment d’ouvrir le bloc de constitutionnalité au droit d’origine conventionnelle, ce qui, il faut le reconnaître, aurait compliqué singulièrement le contrôle *a priori* de la loi qui se doit pour cette raison d’être à la fois objectif, définitif, et rapide.” Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 17. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

26 “Cette normativité elle-même se trouve atteinte, de l’extérieur cette fois, depuis que le contrôle diffus de conventionnalité concurrence le contrôle de conformité à la Constitution et que l’emprise des cours de Strasbourg et de

Luxembourg s'étend à la jurisprudence du Conseil constitutionnel." Avril, Pierre: "Enchantement et Désenchantement Constitutionnels sous la Ve République". *Pouvoirs*, n° 126, 2008/3, p. 5-16, especialmente p. 15.

27 "On sait que la Cour de cassation, depuis 1975, et le Conseil d'État, depuis 1989, acceptent d'écarter la loi postérieure contraire à un traité antérieur en cas de contrariété entre les deux. Précisons que ce contrôle de conventionnalité ne découle aucunement de ce que les traités exprimeraient la volonté générale mais de ce que le juge se sent constitutionnellement tenu de les faire prévaloir sur la loi en vertu de la Constitution (art. 55). C'est également en vertu de cette supériorité incontestée de la Constitution que les juges se refusent à examiner le moyen tiré de la contrariété entre une disposition constitutionnelle et un traité international." Brunet, Pierre: "Que reste-t-il de la volonté générale?", en *Pouvoirs*, n° 114, 2005/3, p. 5-19, especialmente p. 9; Vid. CE, Ass., 30 octobre 1998, *Sarran et Levacher*, et Cass., plén., 2 juin 2000, *Mademoiselle Fraisse*.

28 Décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, Traité portant statut de la Cour pénale internationale, par. 12.

29 Décision n° 98-400 DC du 20 mai 1998, Loi organique déterminant les conditions d'application de l'article 88-3 de la Constitution relatif à l'exercice par les citoyens de l'Union européenne résidant en France, autres que les ressortissants français, du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, et portant transposition de la directive 94/80/CE du 19 décembre 1994, par. 5; Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992.

30 "La Convention européenne, dont les droits qu'elle consacre sont bien souvent les mêmes que ceux protégés au niveau constitutionnel dans l'ordre interne, prévaut à l'encontre d'une loi qui lui serait contraire. À ce titre, un ancien premier avocat général à la Cour de cassation a montré comment, sous couvert de contrôle de conventionnalité, la Haute Juridiction [La Cour de cassation] procédait souvent, en réalité, à un contrôle de constitutionnalité honteux, puisque déguisé. La solution est d'autant moins justifiée qu'elle revient, comme par transitivité, à prêter davantage d'effet au texte international qu'à la Constitution elle-même." Molfessis, Nicolas: "Loi et jurisprudence", en *Pouvoirs*, n° 126, 2008/3, p. 87-100, especialmente, p. 99; Le Conseil d'Etat l'a, depuis, explicitement admis dans l'arrêt précité Deprez et Baillard du 5 janvier 2005 qui, pour la première fois, fait la théorie complète: "Considérant que l'article 61 de la Constitution du 4 octobre 1958 a confié au Conseil constitutionnel le soin d'apprécier la conformité d'une loi à la Constitution; que ce contrôle est susceptible de s'exercer après le vote de la loi et avant sa promulgation; qu'il ressort des débats tant du Comité consultatif constitutionnel que du Conseil d'Etat lors de l'élaboration de la Constitution que les modalités ainsi adoptées excluent un contrôle de constitutionnalité de la loi au stade de son application; Considérant cependant, que pour la mise en oeuvre du principe de supériorité des traités sur la loi énoncé à l'article 55 de la Constitution, il incombe au juge, pour la détermination du texte dont il doit faire application, de se conformer à la règle de conflit de normes édictée par cet article". Dutheillet de Lamothe, Olivier: "Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité". *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris: Dalloz, 2007.

31 "Artículo 410. [...] II. La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano y goza de primacía frente a cualquier otra disposición normativa. El bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios internacionales en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario, ratificados por el país. La aplicación de las normas jurídicas se regirá por la siguiente jerarquía, de acuerdo a las competencias de las entidades territoriales:

1. Constitución Política del Estado.
  2. Los tratados internacionales
  3. Las leyes nacionales, los estatutos autonómicos, las cartas orgánicas y el resto de legislación departamental, municipal e indígena
  4. Los decretos, reglamentos y demás resoluciones emanadas de los órganos ejecutivos correspondientes."
- Constitución de la República de Bolivia de 2009.

32 "Artículo 54. Son atribuciones del Congreso: 1) Aprobar o desechar los tratados internacionales que le presentare el Presidente de la República antes de su ratificación. La aprobación de un tratado requerirá, en cada Cámara, de los quórum que corresponda, en conformidad al artículo 66, y se someterá, en lo pertinente, a los trámites de una ley. [...]

Las disposiciones de un tratado solo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de Derecho Internacional. [...]" Constitución Política de la República de Chile de 1980.

33 "Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los

decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.” Constitución de la República Ecuador de 2008.

34 “Artículo 137. De la supremacía de la Constitución.

La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado.” Constitución Política de la República de Paraguay de 1992.

35 Arrêt de la Chambre Criminelle du 19 octobre 2010 (Pourvois n° 10-82.902, 10-85.051, 10-82.306) – Cour de cassation – Chambre criminelle; Cfr. Avis de Mme Petit, Premier avocat général. Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi.

36 Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi.

37 Cfr. Avis de Mme Petit, Premier avocat général. Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi. T. del A.

38 Arrêt n° 590 du 15 avril 2011 (10-30.242) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Rejet; Arrêt n° 591 du 15 avril 2011 (10-30.313) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Rejet; Arrêt n° 592 du 15 avril 2011 (10-30.316) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Rejet.

39 Dubout, Edouard: “De la primauté ‘imposée’ à la primauté ‘consentie’ – Les incidences de l’inscription du principe de primauté dans le traité établissant une Constitution pour l’Europe”, Docteur en Droit public, CREDHO-Rouen, p. 19. Disponible en: <<http://www.afdc.fr/congresmtp/textes3/DUBOUT.pdf>>. Acceso el: 22 nov. 2011.

40 Vid. Guillaume, Marc: “La question prioritaire de constitutionnalité”. *Justice et Cassation, Revue Annuelle des Avocats au Conseil d’État et à la Cour de Cassation*, 2010; Vid. Guillaume, Marc: “QPC: textes applicables et premières décisions”. *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 – octobre 2010, p. 1-27.

41 La question de constitutionnalité “confère au justiciable le droit, jusqu’alors inexistant, de demander l’abrogation de la loi. C’est en quelque sorte un recours préalable en abrogation.” Vid. Guillaume, Marc: “La question prioritaire de constitutionnalité”. *Justice et Cassation, Revue Annuelle des Avocats au Conseil d’État et à la Cour de Cassation*, 2010, p. 3.

42 “On aurait pu la souhaiter autre, autorisant le *contrôle diffus* qui aurait permis à toutes les juridictions, sous le contrôle de celles qui leur sont supérieures et du Conseil constitutionnel, de veiller au respect de la Constitution comme elles veillent déjà au respect des conventions internationales. Le constituant a fait un choix plus restrictif, reprenant le mécanisme que Robert Badinter avait proposé en 1990.” Carcassone, Guy: *La Constitution*. Paris: Seuil, 10<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 295.

43 Vid. “Pourquoi la question est-elle qualifiée de ‘prioritaire’?”. Disponible en: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-question-prioritaire-de-constitutionnalite/12-questions-pour-commencer.47107.html#1>>. Acceso el: 6 dic. 2011. La question prioritaire de constitutionnalité “a été rendue prioritaire en ceci qu’elle doit être traitée dès qu’elle est posée, à quelque stade de la procédure que l’on soit. Cela ne nuit en rien aux autres contrôles ni ne les retarde (priorité n’est pas supériorité), notamment celui de conventionnalité qui peut être déclenché à tout moment pertinent, mais cela accélère celui-ci pour lequel la loi organique a voulu tracer une voie rapide.” Carcassone, Guy: *La Constitution*. Paris: Seuil, 10<sup>ème</sup> édition, 2011, p. 296.

44 Simon, Denys et Rigaux, Anne: “La priorité de la QPC: harmonie(s) et dissonance(s) des monologues juridictionnels croisés”. *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29 – octobre 2010, p. 1-21.

45 Vid. Conseil constitutionnel, déc. 30 juillet 2010, n° 2010-14/22 QPC; Cfr. Avis de Mme Petit, Premier avocat général. Arrêt n° 589 du 15 avril 2011 (Pourvoi 10-17.049) – Cour de cassation – Assemblée plénière. Cassation sans renvoi.

46 Arrêt n° 1179 du 4 novembre 2009 (08-20.574) – Cour de cassation – Première chambre civile. Rejet.

47 Arrêt n° 906 du 29 mars 2006 (04-46.499) – Cour de cassation – Chambre sociale. Cassation partielle.

48 Arrêt n° 2732 du 18 décembre 2007 (06-45.131). Cour de cassation - Chambre sociale. Rejet.

49 “La République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international.” Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, Constitution française de 1958.

50 Conforti, Benedetto: *Diritto internazionale*. VII edizione, Napoli: Editoriale Scientifica, 2006, p. 292.

51 Vid. Sentencia de la Corte Constitucional de 22 de octubre 2007 n° 348 en el caso *R.A. c. Comune di Torre Annunziata; Comune di Montello c. A.C.; M.T.G. c. Comune di Ceprano*; Sentencia de la Corte Constitucional del 22 de octubre de 2007 n° 349 en el caso *E.P. ed altri c. Comune di Avellino e altro; A.G. ed altri c. Comune di Leonforte e altro*; Olivier Dutheillet de Lamothé: “Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France”. Membre du Conseil constitutionnel Français, p. 3. Disponible en: <[http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank\\_mm/pdf/Conseil/madrid\\_odutheillet\\_avril\\_2009.pdf](http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf)>. Acceso el: 21 jul. 2011.

52 Vid. Capítulo IX, Constitución de Uruguay de 1967.

53 Corte IDH: *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011 Serie C n° 221, par. 239; Cfr. Suprema Corte de Justicia de Uruguay: Caso “Sabalsagaray Curutchet Blanca Stela – Denuncia de Excepción de Inconstitucionalidad”, sentencia n° 365, de 19 de octubre de 2009.

54 Vid. Artículo 75, n° 22, inciso primero. Constitución de la Nación Argentina (1994).

55 “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.” Vid. Artículo 75, n° 22, inciso segundo. Constitución de la Nación Argentina (1994).

56 Vid. Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. *Caso Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, etc.*, Causa 17.768, Resolución de 14 de junio de 2005; Suprema Corte de Justicia de la Nación Argentina: *Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel v. Sofovich, Gerardo y otros*. Corte Sup., 07/07/1992. Fallos: 315:1492, para. 18.

57 “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada.

58 Vid. Art. 1°, inciso 2°, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada.

59 Vid. Capítulo IV. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada.

60 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 131, mayo-agosto 2011, p. 917-967; Vid. Corte IDH: *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas.

Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C n° 220. Voto razonado del Juez ad-hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pars. 13 et seq.

61 “Control de convencionalidad. Extracto de la Sentencia del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, México, 21 de enero de 2010”. *Dialogo Jurisprudencial*, n° 7, julio-Diciembre 2009. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/7/cnt/cnt7.pdf>>. Acceso el: 20 jul. 2011. Vid. “Control de convencionalidad de normas jurídicas internas. Extracto de la Sentencia del Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, México, 2 de julio de 2008”. En *Dialogo Jurisprudencial*, núm. 6, enero-junio 2009. Disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dialjur/cont/6/cnt/cnt6.pdf>>. Acceso el: 20 jul. 2011.

62 “Según la información enviada a la CIDH por la Misión Permanente de México ante la OEA, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió el 12 de julio de 2011 adoptar como criterio orientador la restricción del fuero militar en los casos en que elementos de las fuerzas armadas cometan violaciones a los derechos humanos. Esta decisión debe ser aplicada por todos los jueces del país. Asimismo, la Suprema Corte decidió que los jueces federales y locales deberán verificar la compatibilidad de sus decisiones con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México es parte, incluyendo la Convención Americana y las resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta determinación se basó en el análisis de la sentencia emitida en noviembre de 2009 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, ocurrida en 1974, en el estado de Guerrero.” Comunicado de Prensa n° 73/11. *Importantes avances en materia de derechos humanos en México*. Disponible en: <<http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2011/73-11sp.htm>>. Acceso el: 22 jul. 2011. “La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) publicó en el Diario Oficial de la Federación la condena que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) contra el Estado mexicano por la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, perpetrada por militares el 25 de agosto de 1974. De esta forma, [...] reiteró la obligatoriedad del Estado mexicano de dar cumplimiento a las sentencias de este órgano internacional, tras hacer públicas las conclusiones sobre el caso llamado Radilla. Juan Silva Meza, ministro presidente de la SCJN, comentó que la publicación el diario oficial ‘significa la novación del sistema de impartición de justicia para el país’. Agregó que (sic) todos los jueces mexicanos, en acatamiento a las obligaciones que nos comprometen en el sistema interamericano, deberemos hacer valer, los derechos humanos de todas las personas en el ámbito de nuestras respectivas competencias.” Publican SCJN condena por desaparición forzada de Rosendo Radilla. Disponible en: <<http://www.milenio.com/cdb/doc/noticias2011/46f733b722786809300b7917bc2fef11>>. Acceso el: 23 nov. 2011.

63 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo: “Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México”. en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 131, mayo-agosto 2011, p. 917-967.

64 “[...] lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19, n° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19, n° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano.” Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3° del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley n° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23, n° 1, del citado cuerpo legal*. Rol n° 786-07. Sentencia de fecha 13 de junio de 2007. Considerando trigésimo.

65 Vid. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n° 216, par. 219; Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C n° 217, par. 202.

66 “Artículo 1° En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.” Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reformada en 2011.

67 Vid. Corte IDH: *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C n° 216, par. 219; Corte IDH: *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1° de septiembre de 2010 Serie C n° 217, par. 202.

68 Vid. Artículo 201°. Constitución Política del Perú de 1993.

69 Vid. Artículo 55°. Constitución Política del Perú de 1993.

70 “Disposición final Cuarta. Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.” Constitución Política del Perú de 1993.

71 Tribunal Constitucional de Perú: *Luis Lama Puccio a favor de Wong Ho Wing*. Recurso de agravio constitucional. Exp. n° 02278-2010-PHC/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional (sesión Pleno Jurisdiccional) de 24 de mayo de 2011. Considerando sexto y séptimo.

72 Corte IDH: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas provisionales respecto de la República Federativa de Brasil. Resolución de 1 de septiembre de 2011, par. 5. *Cfr. Caso Carpio Nicolle*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2009, Considerando decimocuarto; *Asunto de la Fundación de Antropología Forense de Guatemala*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011, Considerando segundo, y *Asunto de Determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*, Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, Considerando cuarto.

73 Corte IDH: *Caso Wong Ho Wing*. Medidas Provisionales respecto de la República del Perú. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 10 de octubre de 2011, Considerando undécimo; *Cfr. Corte IDH: Caso Velásquez Rodríguez*. Medidas Provisionales respecto de Honduras. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de enero de 1988, Considerando tercero; Corte IDH: *Asunto Fundación de Antropología Forense*. Medidas Provisionales respecto de Guatemala. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de febrero de 2011, Considerando cuadragésimo primero; y Corte IDH: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas Provisionales respecto de Brasil. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 1° de septiembre de 2011, Considerando vigésimo tercero.

74 Corte IDH: *Asunto de la Unidad de Internación Socioeducativa*. Medidas provisionales respecto de la República Federativa de Brasil. Resolución de 1° de septiembre de 2011, Considerando vigésimo tercero; Corte IDH: *Asunto de determinados Centros Penitenciarios de Venezuela*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 6 de julio de 2011, Considerando tercero; *Cfr. Asunto del Internado Judicial Capital El Rodeo I y El Rodeo II*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 8 de febrero de 2008, Considerando undécimo; *Asunto Alvarado Reyes*, *supra* nota 1, Considerando vigésimo cuarto, y *Asunto del Internado Judicial de Ciudad Bolívar “Cárcel de Vista Hermosa”*. Medidas Provisionales respecto de Venezuela. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 15 de mayo de 2011, Considerando décimo sexto.

75 Título VIII, Capítulo segundo. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

76 “Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los

decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.” Constitución de la República de Ecuador de 2008.

77 Vid. Artículo 416. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

78 “Art. 426. Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.” Constitución de la República de Ecuador de 2008.

79 “Art. 428. Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.” Constitución de la República de Ecuador de 2008; Vid. Además, artículos 436 y 438 de la Constitución de Ecuador.

80 Vid. Artículo 84. Constitución de la República de Ecuador de 2008.

81 Corte Constitucional del Ecuador: Sentencia 001-10-SIN-CC; 18 marzo de 2010 (Casos n. 0008-09-IN y 0011-09-IN (Acumulados)), p. 52.

82 Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad de Ópticas Santa Victoria Limitada y Jeanny Meneses Cubides respecto de los artículos 113, inciso primero, 128, inciso primero y 129, inciso final, todos del Decreto con Fuerza de Ley n° 725 del año 1967, publicado en el Diario Oficial el 31 de enero de 1968, aprobatorio del Código Sanitario, en causa caratulada “Óptica Santa Victoria Ltda. con Secretaría Ministerial de Salud de la Región Metropolitana”, del 29° Juzgado Civil de Santiago, Rol n° 20.734-2006. Rol n° 804-2007. Sentencia de fecha 28 de diciembre de 2007. Considerando décimo segundo.*

83 Cea Egaña, José Luis: “Praxis del control de constitucionalidad en Chile”. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, jueves 27 de septiembre de 2007, p. 4. Disponible en: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_pt\\_br/anexo/La\\_praxis\\_del\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_en\\_Chile.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/La_praxis_del_control_de_constitucionalidad_en_Chile.pdf)>. Acceso el: 6 dic. 2011. Cazor Aliste, Kamel. *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo II. Santiago: Universidad Central de Chile, 2002, p. 87-97; Peña González, Carlos. *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, p. 151-153.

84 Vid. “El Tribunal Constitucional en Chile”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 2, Enero/Diciembre de 1998, p. 75-104, especialmente, p. 78. Nogueira Alcalá, Humberto. “El Tribunal Constitucional chileno”. VV.AA.: *Una mirada a los tribunales constitucionales. Las experiencias recientes*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 1995, p. 116.

85 Cea Egaña, José Luis. “Praxis del control de constitucionalidad en Chile”. Conferencia ofrecida ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, en el Palacio de esa Magistratura en Brasilia, jueves 27 de septiembre de 2007, p. 5. Disponible en: <[http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte\\_pt\\_br/anexo/La\\_praxis\\_del\\_control\\_de\\_constitucionalidad\\_en\\_Chile.pdf](http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfSobreCorte_pt_br/anexo/La_praxis_del_control_de_constitucionalidad_en_Chile.pdf)>. Acceso el: 6 dic. 2011.

86 Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT n° C-111-2009, seguida por investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”. Rol n°1340-09. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009. Considerando noveno.*

87 “Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país.” Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del Juez Presidente del Juzgado de Familia de Pudahuel, señor Carlo Marcelo Casaula Mezzano respecto del artículo 206 del Código Civil, en la causa RIT n° C-111-2009, seguida por*

investigación/reclamación de paternidad, caratulada “Muñoz con Muñoz”. Rol n° 1340-09. Sentencia de fecha 29 de septiembre de 2009. Considerando noveno; “Sobre el particular, ha de tenerse presente que aun cuando la Constitución chilena no lo reconozca expresamente en su texto [el derecho a la identidad personal], ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección. Lo anterior, precisamente, por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque tampoco puede desconocerse que él sí se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país, como la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 7°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 24.2) y la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 18).” Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por Julio Magri Rabaglio, respecto de los artículos 188, 199 y 199 bis del Código Civil, en relación a la causa caratulada “Magri con Magri”, RIT n° C-680-2007, RUC 07-2-0098411-5, del Cuarto Juzgado de Familia de Santiago*. Rol n° 834-08. Sentencia de fecha 13 de mayo de 2008. Considerando vigésimo segundo.

**88** Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de Diputados para que se declare la inconstitucionalidad del número 3° del artículo único del Proyecto de Ley modificatorio de la Ley n° 20.084, que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal, en la parte en que dicha norma modifica el artículo 23 n° 1 del citado cuerpo legal*. Rol n° 786-07. Sentencia de fecha 13 de junio de 2007. Considerando trigésimo.

**89** Vid. Scelle, Georges. *Précis de droit des gens. Principes et systématique* (vol. I) (Paris: Sirey, 1932), p. 43, 54-56, 217; (vol. II) (1934), p. 10, 319, 450; Scelle, Georges. “Le phénomène juridique du dédoublement fonctionnel”. *Rechtsfragen der Internationalen Organisation - Festschrift für H. Wehberg* (1956), p. 324-342, p. 331; Cassese, Antonio. “Remarks on Scelle’s Theory of ‘Role Splitting’ (dédoublement fonctionnel) in International Law”. *European Journal of International Law* (1990), p. 210-231.

**90** Sobre los tipos de control de constitucionalidad y, por lo tanto, de jurisdicción constitucional, vid. Cazor Aliste, Kamel. *La sumisión a derecho de los actos y disposiciones del Presidente de la República*. Tomo II. Santiago: Universidad Central de Chile, 2002, p. 87-97; Huerta Ochoa, Carla: “El control de la constitucionalidad, análisis del artículo 105 constitucional”. *Boletín Mexicano de Derecho Constitucional*, n° 93, septiembre/diciembre 1998, p. 713-739, especialmente p. 725-729.

**91** En sentido contrario Prof. Binder señala: “[T]he Court asks domestic courts to exercise a conventionality control which is comparable to the constitutionality control in domestic constitutional law”. Binder, Christina. “The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights”. *German Law Journal* vol. 12, núm. 5, p. 1203-1230, especialmente, p. 1213.

### Gonzalo Aguilar Cavallo

Bellavista, n° 0121  
Providencia  
Santiago - Chile  
gonzalo.aguilar@unab.cl

PROFESOR DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
VALPARAÍSO Y ANDRÉS BELLO (CHILE)  
POSTDOCTORADO EN EL MAX PLANCK INSTITUTE FOR  
COMPARATIVE PUBLIC LAW AND INTERNATIONAL LAW  
(HEIDELBERG, ALEMANIA)  
DOCTOR EN DERECHO (ESPAÑA)  
MASTER EN DERECHOS HUMANOS Y  
DERECHO HUMANITARIO (FRANCIA)  
MAGISTER EN RELACIONES INTERNACIONALES (ESPAÑA)











## EDITORIAL POLICY

REVISTA DIREITO GV (DIREITO GV LAW REVIEW) IS A JOURNAL THAT PUBLISHES ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS ON SEVERAL FIELDS OF BRAZILIAN, INTERNATIONAL AND GLOBAL LAW. IT ALSO PUBLISHES RESEARCH WORKS AND PAPERS ON THEORY OF LAW, SOCIOLOGY OF LAW, PHILOSOPHY OF LAW AND HISTORY OF LAW.

THIS JOURNAL IS OPENED TO DIFFERENT THEORETICAL AND METHODOLOGICAL APPROACHES, INCLUDING INTERDISCIPLINARY PAPERS AND ARTICLES THAT FALL INTO LAW & SOCIETY AND LAW & ECONOMICS RESEARCH FIELDS. IT ALSO REVIEWS AND PUBLISHES PAPERS CONCERNED WITH TECHNIQUES FOR TEACHING LAW AND LAW RESEARCH METHODS.

THE 'BOOK REVIEWS AND ESSAYS' SECTION AIMS TO ATTRACT READERS' ATTENTION TO LOCAL AND FOREIGN BOOKS AND MAGAZINES THUS RAISING CRITICAL DISCUSSIONS. BOOKS OF ACADEMIC INTEREST ARE PREFERRED TO THOSE PRIMARILY FOCUSED ON PROFESSIONAL USE. ESSAYS ARE FORMAT-FREE, AND SELECTED BY RELEVANCE AND NOVELTY. THE JOURNAL ONLY PUBLISHES ARTICLES AND PAPERS NOT PREVIOUSLY PUBLISHED ELSEWHERE.

### REVIEW

EVERY ARTICLE IS REVIEWED BY THE EDITOR, WHO ASSESSES WHETHER OR NOT IT FITS THE JOURNAL EDITORIAL POLICY. THE ARTICLE IS THEN SENT TO TWO ANONYMOUS REFEREES WHO EVALUATE QUALITATIVELY ITS CONTENT AND STYLE IN ACCORDANCE WITH BLIND PEER REVIEW PRINCIPLES. REFEREES TAKE 45 TO 120 DAYS TO PROVIDE THEIR COMMENTS, THAT WILL BE FORWARDED TO THE AUTHOR FOR ACKNOWLEDGMENT OR IMPROVEMENT. IN THIS LATTER CASE, A MODIFIED TEXT CAN BE SENT TO THE JOURNAL TO BE RE-EVALUATED. AUTHORS WILL BE EMAILED ABOUT THE STATUS OF EVALUATION PROCESS, BEING ABLE TO ACCESS REFEREES' COMMENTS ON THEIR ARTICLE. EXCEPTIONALLY THERE CAN BE INVITATIONS FOR ARTICLES MADE BY THE EDITOR.

### SUBMISSIONS

ARTICLES, ESSAYS AND BOOK REVIEWS MUST BE WRITTEN IN PORTUGUESE, SPANISH OR ENGLISH, AND MUST NOT HAVE BEEN PUBLISHED ELSEWHERE. THEY CAN BE ELECTRONICALLY SENT TO [REVISTADIREITOGV@FGV.BR](mailto:REVISTADIREITOGV@FGV.BR), OR MAILED TO **José Rodrigo Rodriguez** AT: RUA ROCHA, 233, 11<sup>0</sup> ANDAR, SÃO PAULO - SP, CEP 01330-000. IN CASE OF SUBMISSION BY REGULAR MAIL, AUTHOR MUST SEND TWO PRINTED COPIES, ONE OF WHICH WITH NO AUTHOR'S IDENTIFICATION, AS WELL AS A CD OR DVD WITH THE ARTICLE IN MICROSOFT WORD FORMAT (.DOC).

WE ASK AUTHORS TO INFORM REVISTA DIREITO GV OF ANY FINANCIAL SUPPORT, PRIVATE OR PUBLIC, AND OF ANY FINANCIAL INTEREST REGARDING THE ARTICLE THAT COULD CREATE CONFLICTS OF INTEREST.

ARTICLES MUST HAVE A MAXIMUM OF 30 PAGES OF 2100 CHARACTERS. THEY MUST ALSO BE WRITTEN ACCORDING TO ABNT (BRAZILIAN TECHNICAL NORMS ASSOCIATION) STANDARDS. LONGER PAPERS CAN BE PUBLISHED SUBJECT TO EDITOR'S EVALUATION.

BOOK REVIEWS MUST HAVE A MAXIMUM OF 10 PAGES OF 2100 CHARACTERS, PREFERABLY WITHOUT FOOTNOTES. THEY MUST HAVE A TITLE AND DO NOT NEED TO BE PRECEDED BY AN ABSTRACT.

SUGGESTIONS FOR FOREIGN BOOKS AND MAGAZINES TO BE REVIEWED CAN BE SENT TO THE EDITOR BY EMAIL. **ESSAYS** MUST HAVE A MAXIMUM OF 15 PAGES OF 2100 CHARACTERS.

PAPERS MUST BE SENT TO THE EDITOR, ACCORDING TO THE FOLLOWING GUIDELINES:

### STYLE

PAPER SIZE: LETTER (8,5 x 11 IN)

TEXT EDITOR: **MICROSOFT WORD**

MARGINS (LEFT, RIGHT, TOP, BOTTOM): **2 CM**

FONT: **TIMES NEW ROMAN, SIZE 12**

PARAGRAPH: **LEFT ALIGNED; SPACE BEFORE TEXT: 0; SPACE AFTER TEXT: 12 POINTS; LINE SPACING: DOUBLE SPACING**

### TEXT

- TITLE WITH A MAXIMUM OF 8 WORDS, UPPERCASE, BOLD, IN EITHER PORTUGUESE AND ENGLISH
- SUMMARY WRITTEN IN PORTUGUESE (OR SPANISH), WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSION
- FIVE KEYWORDS IN PORTUGUESE, LEFT ALIGNED
- ABSTRACT WRITTEN IN ENGLISH, WITH ABOUT 150 WORDS, LEFT ALIGNED, CONTAINING STUDY FIELD, OBJECTIVES, METHODOLOGY, RESULTS AND CONCLUSION
- FIVE KEYWORDS IN ENGLISH, LEFT ALIGNED

**REFERENCES** MUST BE CITED IN THE BODY OF TEXT, INCLUDING AUTHOR'S LAST NAME, YEAR AND PAGE OF THE PUBLICATION. COMPLETE BIBLIOGRAPHY MUST BE PRESENTED IN ALPHABETICAL ORDER AT THE END OF THE TEXT, ACCORDING TO NBR-6023.

**NOTES** MUST BE CUT TO THE MINIMUM NEEDED AND PRESENTED AT THE END OF TEXT, SEQUENTIALLY NUMBERED, BEFORE BIBLIOGRAPHY.

**DIAGRAMS, GRAPHS AND TABLES** MUST PRESENT TITLE AND SOURCE, AND BE PLACED AT THE END OF TEXT, AFTER BIBLIOGRAPHY. THEIR POSITION MUST BE INFORMED IN THE BODY OF ARTICLE, AVOIDING REPETITION OF INFORMATION IN BOTH CHART AND TEXT.

**COMPLEMENTARY INFORMATION** IN THE SAME FILE, AUTHOR MUST INFORM:

- **PAGE 1:** TITLE OF THE ARTICLE, FOLLOWED BY AUTHOR'S IDENTIFICATION - FULL NAME, INSTITUTION, POSITION, FULL ADDRESS, TELEPHONE AND EMAIL.

AUTHORS ARE FULLY AND EXCLUSIVELY RESPONSIBLE FOR THEIR ARTICLES.

ALL RIGHTS, TRANSLATION INCLUDED, ARE RESERVED. SUBMISSION OF A PAPER MEANS THE CESSION OF COPYRIGHTS TO REVISTA DIREITO GV (DIREITO GV LAW REVIEW), AND THE PERMISSION TO EITHER PUBLISH IN ELECTRONIC MEDIA AND COPY FOR PERSONAL RESEARCH PURPOSES. FULL REPRODUCTION OF ARTICLES, BOOK REVIEWS AND ESSAYS IS PROHIBITED. CITATION OF PARTS OF TEXT WITHOUT PREVIOUS SOLICITATION IS ALLOWED PROVIDED THAT SOURCE IS PROPERLY IDENTIFIED.

## LINHA EDITORIAL

A **REVISTA DIREITO GV** é generalista. Publica artigos, resenhas e ensaios inéditos sobre a dogmática das diversas áreas do direito nacional, internacional e global, além de trabalhos de pesquisa aplicada e textos de teoria do direito, sociologia do direito, filosofia do direito e história do direito.

A revista está aberta às mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, inclusive a textos interdisciplinares e artigos que se enquadrem no campo de pesquisa *Law & Society* e *Law & Economics*. Ademais, contém trabalhos sobre ensino e pesquisa em direito.

A seção de resenhas e ensaios tem como objetivo chamar a atenção dos leitores para livros e revistas, nacionais e estrangeiros, e suscitar discussões críticas sobre eles. Além disso visa a divulgar ensaios relevantes para a compreensão do direito. As resenhas dão privilégio a títulos de interesse acadêmico em detrimento de publicações de uso profissional. Os ensaios possuem forma livre e são selecionados por sua relevância e novidade.

### AValiação dos artigos

Todos os artigos passam por uma avaliação prévia realizada pelo editor-chefe, verificando sua adequação à linha editorial da **REVISTA**. Após essa avaliação, os artigos são remetidos a dois pareceristas anônimos para a avaliação qualitativa de sua forma e conteúdo, de acordo com o processo conhecido como *blind peer review*. O prazo para a elaboração do parecer é de 45 a 120 dias. Recebido o parecer, este é encaminhado para o autor do artigo a fim de tomar ciência ou para que incorpore as modificações sugeridas. Neste último caso, o texto modificado deverá ser remetido para a revista. Será novamente avaliado em função das alterações. Os autores serão informados por e-mail sobre o andamento da avaliação. Terão acesso a todos os pareceres sobre seu artigo, sem identificação de autoria. Excepcionalmente, haverá convites para publicação. Os convites serão formulados exclusivamente pelo editor da revista.

### REMESSA DE TEXTOS

Os artigos, resenhas e ensaios enviados devem ser inéditos, escritos em português, espanhol ou inglês. Podem ser encaminhados pelo e-mail [REVISTADIREITOGV@FGV.BR](mailto:REVISTADIREITOGV@FGV.BR) ou pelo correio (aos cuidados do editor-chefe **José Rodrigo Rodriguez**, Rua Rocha, 233, 11º andar, São Paulo - SP, CEP 01330-000). Caso o texto seja remetido pelo correio, pede-se que seja em duas cópias impressas, uma delas sem identificação de autoria, além de um CD ou DVD com o artigo em formato Word.

Solicita-se que o autor do texto informe à revista qualquer financiamento ou outros benefícios de fontes comerciais ou não, além de interesses financeiros que o autor possa ter que criem conflitos de interesses em relação ao trabalho apresentado.

Os **artigos** devem ter até 30 laudas de 2.100 caracteres, redigidos conforme os padrões da ABNT [Associação Brasileira de Normas Técnicas]. Textos mais extensos do que o padrão serão publicados, a critério do editor, caso seu tamanho seja justificável.

As **resenhas** devem ter até dez laudas de 2.100 caracteres, de preferência sem notas de rodapé. Devem conter um título e não

precisam ser precedidas de resumo. Sugestões de livros e revistas internacionais a serem resenhadas podem ser encaminhadas para o e-mail da revista. Os **ensaios** devem apresentar até quinze laudas de 2.100 caracteres.

Os artigos deverão ser encaminhados para a redação com as seguintes características:

### Formatação

- **FOLHA:** CARTA (LETTER)
- **EDITOR DE TEXTO:** MICROSOFT WORD
- **MARGENS:** ESQUERDA, DIREITA, SUPERIOR E INFERIOR DE 2 CM
- **Fonte:** TIMES NEW ROMAN, TAMANHO 12
- **PARÁGRAFO:** ESPAÇAMENTO ANTERIOR: 0 PONTO; POSTERIOR: 12 PONTOS; ENTRE LINHAS: DUPLO; ALINHAMENTO À ESQUERDA

**TEXTO** A PRIMEIRA PÁGINA DO ARTIGO DEVE CONTER:

- **TÍTULO**, COM, NO MÁXIMO, OITO PALAVRAS, EM MAIÚSCULAS E NEGRITO (PORTUGUÊS E INGLÊS)
- **RESUMO** EM PORTUGUÊS (OU ESPANHOL), COM CERCA DE 150 PALAVRAS, ALINHAMENTO À ESQUERDA, CONTENDO CAMPO DE ESTUDO, OBJETIVO, MÉTODO, RESULTADO E CONCLUSÃO
- **CINCO PALAVRAS-CHAVE**, ALINHAMENTO À ESQUERDA, EM PORTUGUÊS
- **RESUMO** EM INGLÊS, COM CERCA DE 150 PALAVRAS, ALINHAMENTO À ESQUERDA, CONTENDO CAMPO DE ESTUDO, OBJETIVO, MÉTODO, RESULTADO E CONCLUSÕES
- **CINCO PALAVRAS-CHAVE**, ALINHAMENTO À ESQUERDA, EM INGLÊS
- EM SEGUIDA, DEVE SER INICIADO O TEXTO DO ARTIGO

**REFERÊNCIAS** DEVEM SER CITADAS NO CORPO DO TEXTO COM INDICAÇÃO DO SOBRENOME, ANO E PÁGINA DE PUBLICAÇÃO. AS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS COMPLETAS DEVERÃO SER APRESENTADAS EM ORDEM ALFABÉTICA NO FINAL DO TEXTO, DE ACORDO COM AS NORMAS DA ABNT (NBR-6023).

**NOTAS** DEVEM SER REDUZIDAS AO MÍNIMO NECESSÁRIO E APRESENTADAS AO FINAL DO TEXTO, NUMERADAS SEQUENCIALMENTE, ANTES DAS REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

**DIAGRAMAS, QUADROS E TABELAS** DEVEM APRESENTAR TÍTULO E FONTE E SER COLOCADOS AO FINAL DO TEXTO, APÓS AS REFERÊNCIAS. SUA POSIÇÃO DEVE SER INDICADA NO PRÓPRIO TEXTO, CONSTANDO REFERÊNCIA A ELES NO CORPO DO ARTIGO. DEVE-SE EVITAR A REPETIÇÃO DE INFORMAÇÕES CONTIDAS NO TEXTO.

### INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES

NO MESMO ARQUIVO, O AUTOR DEVERÁ ENVIAR:

- **PÁGINA 1:** TÍTULO DO ARTIGO; SEGUIDO DA IDENTIFICAÇÃO DO(S) AUTOR(ES) – NOME COMPLETO, INSTITUIÇÃO À QUAL ESTÁ LIGADO, CARGO, ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA, FONE E E-MAIL.

OS ARTIGOS ASSINADOS SÃO DE RESPONSABILIDADE EXCLUSIVA DO(S) AUTOR(ES).

OS DIREITOS, INCLUSIVE OS DE TRADUÇÃO, SÃO RESERVADOS. A REMESSA DO TEXTO PELO AUTOR IMPLICA SOBRE ESTE A CESSÃO DOS DIREITOS AUTORAIS PARA A **REVISTA DIREITO GV**. PERMITE-SE CÓPIAS PARA FINS DE PESQUISA PESSOAL OU USO ACADÊMICO. A REPRODUÇÃO TOTAL DE ARTIGOS, RESENHAS E ENSAIOS EM OUTRA PUBLICAÇÃO É PROIBIDA. É PERMITIDO CITAR PARTES DOS TEXTOS SEM SOLICITAÇÃO PRÉVIA, DESDE QUE IDENTIFICADA SUA FONTE.

## Conselho Nacional de Justiça: balanços e perspectivas

A RELEVÂNCIA DOS LIMITES DISCRICIONÁRIOS  
DO JUIZ GENERALISTA  
IGOR DE LAZARI, CARLOS BOLONHA E HENRIQUE RANGEL: **417**

O CAPITAL JURÍDICO E O CICLO DA LITIGÂNCIA  
IVO TEIXEIRA GICO JR.: **435**

FUNÇÃO SOCIAL NA TUTELA POSSESSÓRIA  
EM CONFLITOS FUNDIÁRIOS  
MARCUS EDUARDO DE CARVALHO DANTAS: **465**

TRANSPARÊNCIA PÚBLICA E A ATUAÇÃO NORMATIVA DO CNJ  
ROSANE LEAL DA SILVA, PATRÍCIA ADRIANI HOCH  
E LUCAS MARTINS RIGHI: **489**

O CNJ E OS DISCURSOS DO DIREITO E DESENVOLVIMENTO  
IVAN CANDIDO DA SILVA DE FRANCO E LUCIANA GROSS CUNHA: **515**

GOOD GOVERNANCE E O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA  
ANTONIO CÉSAR BOCHENEK, VINICIUS DALAZOANA  
E VINICIUS RAFAEL RISSETTI: **535**

EM BUSCA DE JUSTIÇA AO JOVEM:  
A DIFÍCIL ARTICULAÇÃO ENTRE OS PODERES  
KARYNA BATISTA SPOSATO E MARISA MENESES DE ANDRADE: **555**

### Outros temas

CONCEPTO DE TRIBUTO:  
UNA PERSPECTIVA COMPARADA BRASIL-ESPAÑA  
JOSÉ MARCOS DOMINGUES E CLEMENTE CHECA GONZÁLEZ: **573**

NOTAS SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO  
DE CORREÇÃO PATERNAL NO ANTIGO REGIME  
ALAN WRUCK GARCIA RANGEL: **615**

A AUDIÊNCIA JUDICIAL EM AÇÃO: UMA ETNOGRAFIA DAS  
INTERAÇÕES ENTRE JURISTAS E JURISDICIONADOS NA FRANÇA  
PEDRO HEITOR BARROS GERALDO: **635**

ARENAS DE PRODUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS:  
A NOVA POLÍTICA NACIONAL DE SAÚDE MENTAL  
JÃO CAUBY DE ALMEIDA JÚNIOR: **659**

CONSTITUCIONALIDADE E CONVENCIONALIDADE  
DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA  
WALTER CLAUDIUS ROTHENBURG: **681**

EL DERECHO POSITIVO O CONVENCIONAL,  
SU NATURALEZA: EL CARÁCTER CREATIVO  
(CONSTITUTIVO) Y DERIVADO DE LAS LEYES HUMANAS  
SEBASTIÁN CONTRERAS AGUIRRE: **707**

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD:  
ANÁLISIS EN DERECHO COMPARADO  
GONZALO AGUILAR CAVALLO: **721**

