



Poder Judiciário do  
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



**FONAJE** FÓRUM  
NACIONAL  
DE JUÍZADOS  
ESPECIAIS

Volume 16 - Número 2  
2º semestre/2018





Poder Judiciário do  
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



**FONAJE** FÓRUM  
NACIONAL  
DE JUÍZADOS  
ESPECIAIS

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é uma ferramenta institucional publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que objetiva construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, objetivando intensificar um novo paradigma: de que o Direito só será justo na medida em que seus operadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

**Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento:**

Cristina Tereza Gaulia

**Editores Associados da Revista Direito em Movimento:**

Alexandre Chini Neto

Maria Aglaé Tedesco Vilaro

**Equipe Administrativa - EMERJ:**

**Diretora do Centro de Estudos e Pesquisas - CEPES:** Elina Bussade dos Santos

**Execução Administrativa e Pesquisa:** Yanka Albertin Sodre da Silva

**Assessor Acadêmico:** Marcelo Machado Costa Lima

**Produção Gráfico-Editorial:**

**Assessor de Publicação Acadêmica:** Ébano Machel do Rosário Assis

**Projeto Gráfico - Capa e Diagramação:** Jaqueline Diniz

**Acompanhamento Gráfico:** Carlos Henrique M. e Silva

**Revisão Ortográfica:** Sergio Silveiras, Ana Paula Maradei e Clara Bastos

Direito em movimento, v. 1, 2003- . Rio de Janeiro: EMERJ, 2003.

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)

ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)

ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Juizado Especial Cível, Jurisprudência. 2. Juizado Especial Criminal, Jurisprudência. 3. Juizado Especial da Fazenda Pública, Jurisprudência. 4. Juizado da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Jurisprudência. I. RIO DE JANEIRO (estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 341.419905



## Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

---

### **Presidente**

Desembargador Milton Fernandes de Souza

### **Corregedor-Geral**

Desembargador Cláudio de Mello Tavares

### **1º Vice-Presidente**

Desembargadora Elisabete Filizzola Assunção

### **2º Vice-Presidente**

Desembargador Celso Ferreira Filho

### **3º Vice-Presidente**

Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo



## Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

---

### **Diretor-Geral**

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

### **Conselho Consultivo**

Desembargador Mauro Dickstein

(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Luiz Braga Dell'orto

(Diretor Adjunto Administrativo)

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

(Presidente da Comissão de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - COMAM)

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

(Presidente da Comissão Acadêmica - COMAC)

Desembargadora Claudia Pires dos Santos Ferreira

Desembargadora Maria Isabel Paes Gonçalves

Juiz Luiz Marcio Victor Alves Pereira

Juíza Adriana Ramos de Mello

## **Equipe Editorial da Revista “Direito em Movimento”:**

---

### **Coordenadora Editorial:**

Cristina Tereza Gaulia

### **Editores Associados:**

Alexandre Chini Neto

Maria Aglaé Tedesco Vilardo

### **Conselho Editorial:**

Amélia Soares da Rocha

Ana Paula Barcelos Ribeiro da Silva

André Gustavo Corrêa de Andrade

Antonio Saldanha Palheiro

Diógenes Faria De Carvalho

Edoardo Fittipaldi

Erick Cavalcanti Linhares Lima

Geraldo Luiz Mascarenhas Prado

Gisálio Cerqueira Filho

Gizlene Neder

Guilherme Braga Peña de Moraes

José Guilherme Vasi Werner

Leonardo Rabelo de Matos Silva

Leslie Shérída Ferraz

Marcelo Moraes Caetano

Marco Aurélio Alves Epifani Filho

Patrícia Perrone Campos Mello

Rafael Calmon Rangel

Rafaela Selem Moreira

Ricardo Borrmann

Soraya Silveira Simões

Vanice Regina Lírio do Valle

---

Portaria nº 39/2018

### **PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME:**

Plínio Lacerda Martins

Eduardo Ribeiro Moreira

Marcelo Machado Costa Lima

Flávia de Almeida Viveiros de Castro

Solange Ferreira de Moura

Cristina Tereza Gaulia

Ana Paula Teixeira Delgado

Getúlio Braga Júnior

# DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO .....	9
ARTIGOS .....	11
O protesto de sentença e a desjudicialização da execução <i>Alexandre Chini Neto</i> .....	13
Um lugar reservado a céu aberto <i>Allen dos Santos Pinto da Silva e Diogo de Sousa Oliveira</i> .....	25
Qualidade de vida do Policial Militar baseada na Teoria das Necessidades <i>Carlos Alexandre Camargo da Silva</i> .....	41
Indigenous Land Rights: The Inter-American Court of Human Rights and the Case of the Awas Tingni against Nicaragua <i>Erick Linhares</i> .....	72
Formação jurídica e história das faculdades de Direito em Portugal e no Brasil <i>Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho</i> .....	106

Aplicação de medidas atípicas como forma de cumprimento de ordem judicial <i>Matheus Rodrigues Kallas</i> .....	137
A recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro: Tobias Barreto, fundador das ciências jurídicas no Brasil <i>Ricardo Borrmann</i> .....	149
Políticas públicas e ações civis públicas: judicialização da política? <i>Vanice Regina Lírio do Valle</i> .....	182
<b>LEGISLAÇÃO</b> .....	203
FONAJE – 21 anos de Enunciados estabilizando a Jurisprudência dos Juizados Especiais <i>Erick Linhares e Maria do Carmo Honório</i> .....	205
Breve ensaio sobre o reconhecimento da Usucapião do Direito Real de Laje <i>Marco Aurélio Bezerra de Mello</i> .....	211

**DECISÕES COMENTADAS .....217**

Não é reincidente réu condenado por porte de drogas  
para uso próprio, decide STJ .....219

Do direito ao silêncio ao dever de silêncio  
*Marcos Augusto Ramos Peixoto* ..... 221

Desvio produtivo do consumidor  
Ementa Apelação Cível 0058144-74.2015.8.19.0021 – TJRJ  
e Apelação Cível 0200530-22.2017.8.19.0001 - TJRJ ...245

Agravo em Recurso Especial Nº 1.260.458 - SP ..... 247

Para cuidar do tempo produtivo do consumidor  
*José Guilherme Vasi Werner* ..... 255

**CASO JUDICIAL CÉLEBRE..... 265**

Caso Schreber  
*Marco Aurélio Epifani Filho* ..... 267



# APRESENTAÇÃO

Temos o grande prazer de apresentar mais uma edição da Revista Direito em Movimento. Com esta nova publicação, renova-se o compromisso de se oferecer um relevante canal para a divulgação de textos que possuam potencial de ecoar no mundo jurídico como novas trilhas a serem percorridas pelos juristas. O intuito é viabilizar a expressão de pontos de vista diversos, de forma a construir uma ambiência favorável a um tipo de reflexão que contribua sob duas perspectivas: em um primeiro plano, como base para o surgimento de rupturas que se fazem necessárias em um mundo cada vez mais líquido e; em um segundo plano, colocando em debate as “permanências” que remanescem enraizadas no nosso universo jurídico contemporâneo.

As temáticas enfrentadas sob um enfoque inter/transdisciplinar que permeiam este número não constituem um acaso. Segue-se uma linha editorial que, valorizando o diálogo permanente entre os saberes jurídicos e aqueles produzidos por outras áreas do conhecimento, tem a premissa de que o direito não pode escusar-se de exercer a função primordial de grande mediador em sociedades fortemente pluralizadas, típicas dos tempos atuais.

Nesse contexto, como novidade nesta edição, trazemos o emblemático Caso Schreber, que nos é apresentado por meio de uma resenha escrita por Marco Aurélio Epifani Filho. Trata-se do caso vivenciado pelo juiz alemão Daniel Paul Schreber (1842-1911), como interno de um sanatório para doentes mentais, e que aborda questões que mesclam pontuações jurídicas e abordagens psicanalíticas e psiquiátricas.

Porém, para além da singularidade acima descrita, Direito em Movimento chega ao nosso público leitor, nesse segundo volume de 2018, trazendo colaborações textuais de Alexandre Chini Neto, Allen dos Santos Pinto da Silva e Diogo de Sousa Oliveira, Carlos Alexandre Camargo da

Silva, Erick Linhares, Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira Filho, Matheus Rodrigues Kallas, Ricardo Borrmann, Vanice Regina Lírio do Valle, Maria do Carmo Honório, Marco Aurélio Bezerra de Mello, Marcos Augusto Ramos Peixoto e José Guilherme Vasi Werner.

Seguindo as regras exigíveis às publicações de maior rigor científico, cada produção submetida foi publicada somente após a aprovação no sistema de avaliação duplo-cega, em cujo Conselho figuram Plínio Lacerda Martins, Eduardo Ribeiro Moreira, Marcelo Machado Costa Lima, Flávia de Almeida Viveiros de Castro, Solange Ferreira de Moura, Cristina Tereza Gaulia, Ana Paula Teixeira Delgado, Getúlio Braga Júnior. A todos, nossos agradecimentos.

Todavia, é em meio a esse sentimento de agradecimento àqueles que colaboram para que esta revista continue sua trajetória de divulgar novas visões de mundo que externamos nosso sentido pesar pelo falecimento do Dr. Elder Lisboa Ferreira da Costa. Sua extensa e generosa contribuição como Membro da Comissão Editorial além daquela como articulista da revista não podem deixar de ser trazidas à memória e devidamente exaltadas. Que fique registrado, portanto, não apenas o nosso sincero reconhecimento, mas, principalmente, a nossa mais profunda gratidão.

Por fim, como último ponto a ressaltar nesta apresentação, entendemos estar diante de um momento histórico que exige do sistema jurídico brasileiro reformulações teóricas e dogmáticas. Por isso, é crescente nossa convicção de que, ao se ofertar este espaço de produção para a ocorrência de interações entre os diversos campos do conhecimento, contribui-se de forma efetiva para a (re)elaboração de um Direito que, mesmo contextualizado em uma realidade de transformações, não se pode permitir desconectar-se dos ideais de Justiça.

**Cristina Tereza Gaulia**

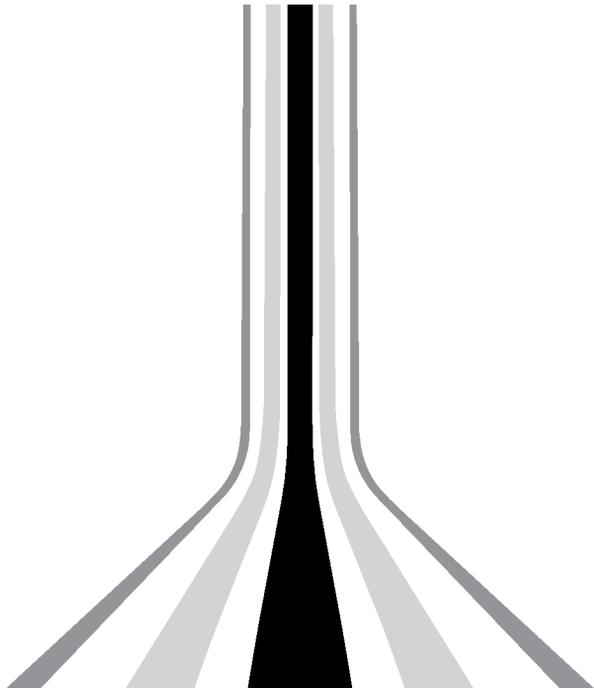
Coordenadora Editorial da Revista Direito em Movimento

**Marcelo Machado Costa Lima**

Assessor acadêmico da Revista Direito em Movimento



# ARTIGOS





# O PROTESTO DE SENTENÇA E A DESJUDICIALIZAÇÃO DA EXECUÇÃO

**Alexandre Chini**

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

(Recebido: 11/09/2018 Aprovado: 12/09/2018 e 15/09/2018)

**RESUMO:** O texto que segue trata do protesto extrajudicial, mais especificamente sobre o *status* de veículo oficial de recuperação de crédito no Brasil que o mesmo vem alcançando. Nesta linha, representa ele verdadeiro meio para prevenção de litígios, em consonância com a agenda jurídica internacional que vem buscando como norte a desjudicialização e a criação de meios alternativos à satisfação de direitos.

**PALAVRAS- CHAVE:** Protesto extrajudicial; desjudicialização; meios alternativos à satisfação de direitos.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. O protesto de decisões judiciais no novo CPC. 2. O protesto extrajudicial e a fiscalização do Poder Judiciário. 3. O protesto extrajudicial das decisões judiciais e a desoneração para o credor. 4. As vantagens do protesto: o recebimento dos valores devidos e eliminação da fase judicial de “cumprimento da sentença”. Conclusão. Referência Bibliográfica.

**ABSTRACT:** The text that follows deals with extrajudicial protest, more specifically on the status of official credit recovery vehicle in Brazil that it has been achieving. In this line, it represents a true means for the prevention of litigation, in line with the international legal agenda that has been seeking as the north the adjudication and the creation of alternative means to the satisfaction of rights.

**KEY WORDS:** Extrajudicial Protest; reducing judicial involvement; alternative means to the satisfaction of rights.

## INTRODUÇÃO

O protesto extrajudicial alcançou um *status* legislativo de verdadeiro veículo oficial de recuperação de crédito no Brasil, prevenindo litígios sob o ideário jurídico internacional da desjudicialização e da criação de meios alternativos à satisfação de direitos, consoante se constata da leitura da Lei Federal nº 9.492/1997 (como também já ocorre com a possibilidade de realização de divórcio, separação e inventário a cargo dos tabeliães de notas, por força da Lei Federal nº 11.441/2007). Na esteira desse entendimento, inclusive, recentemente, o Conselho Nacional de Justiça editou o Provimento nº 72, de 27 de junho de 2018, que *“dispõe sobre medidas de incentivo à quitação ou à renegociação de dívidas protestadas nos tabelionatos de protesto do Brasil.”*

Com efeito, no Pedido de Providências nº 200910000041784, o Conselho Nacional de Justiça confirmou não só a legalidade do protesto das sentenças judiciais como a sua grande utilidade em nível nacional, como bem destacou a Relatora, Conselheira Morgana Richa, *verbis*:

*“Outrossim, forçoso registrar que o Judiciário e a sociedade suplicam hoje por alternativas que registrem a possibilidade de redução da judicialização das demandas, por meios não convencionais. Impedir o protesto de sentença transitada em julgado é de todo desarrazoado quando se verifica a estrutura atual do Poder e o crescente número de questões judicializadas. É preciso evoluir para encontrar novas saídas à redução da conflituosidade perante os órgãos judiciários...”*

Aliás, esse tem sido o entendimento pacífico do **Superior Tribunal de Justiça** sobre o **protesto de sentenças judiciais**, como se constata a partir da leitura das seguintes decisões:

*CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ANULATÓRIA DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE TÍTULO REPRESENTADO POR SENTENÇA TRABALHISTA. DÍVIDA SUBMETIDA À RECUPERAÇÃO JUDICIAL.*

1. O juízo da recuperação judicial é competente para julgar ação que pretende anular protesto extrajudicial de sentença trabalhista, cuja dívida se sujeita ao plano de recuperação judicial. 2. Conflito de competência conhecido para declarar competente o juízo da recuperação judicial. (...) Para o deslinde da causa na origem caberá a seu julgador apreciar basicamente duas questões: (i) se pode uma sentença judicial ser levada a protesto e (ii) se pode um título representativo de dívida sujeita à recuperação judicial ser protestado durante o processamento do feito recuperacional. De todo modo, conquanto a ação possa ser resolvida com a resposta negativa à primeira hipótese, é certo que se esta for superada, a solução da causa demandará apreciação da segunda, o que, aliás, é o mais provável que ocorra, pois o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela viabilidade do protesto nesses casos (cite-se ainda o REsp nº 750.805/RS, Rel. **Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, DJe 16/6/2009**). (CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 118.819 - MG (20110208876-0), 2ª Seção do STJ, Relator **Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA**, julgamento em 26/09/2012 e publicado no DJe em 28/09/2012). (grifos não contidos no texto original).

O Banco Central do Brasil, inclusive, já externou importante posicionamento institucional (na qualidade de regulador do mercado financeiro) no âmbito da ADI 5135, na condição de *amicus curiae*, a respeito da necessária atuação do protesto extrajudicial na recuperação dos créditos e resolução extrajudicial dos conflitos de crédito, da qual, transcreve-se o seguinte excerto:

*“80. (...)o protesto figura com proeminência no rol dos mecanismos de resolução extrajudicial dos conflitos de crédito. Caso não fosse autorizado ao credor protestar seu título, seguindo o atual regime jurídico do protesto notarial, certamente o Poder Judiciário estaria ainda mais sobrecarregado, com estoques imensos de ações de cobrança e execuções de títulos judiciais e extrajudiciais. 81. (...) o protesto é dotado da medida exata de coercibilidade, advinda da*

*prova idônea e da publicidade inerente aos atos notariais, e de premonição frente ao devedor, de modo a contribuir eficazmente para a composição do débito. É nítido o seu caráter conciliatório. Os fatos corroboram essa assertiva”. (grifo nosso).*

## 1. O PROTESTO DE DECISÕES JUDICIAIS NO NOVO CPC

O art. 517, do novo CPC expressamente prevê o protesto extrajudicial de **decisão judicial** transitada em julgado:

“Art. 517. A decisão judicial transitada em julgado poderá ser levada a protesto, nos termos da lei, depois de transcorrido o prazo para pagamento voluntário previsto no art. 523.

§ 1º. Para efetivar o protesto, incumbe ao exequente apresentar certidão de teor da decisão.

§ 2º. A certidão de teor da decisão deverá ser fornecida no prazo de 3 (três) dias e indicará o nome e a qualificação do exequente e do executado, o número do processo, o valor da dívida e a data de decurso do prazo para pagamento voluntário.

§ 3º. O executado que tiver proposto ação rescisória para impugnar a decisão exequenda pode requerer, a suas expensas e sob sua responsabilidade, a anotação da propositura da ação à margem do título protestado.

§ 4º. A requerimento do executado, o protesto será cancelado por determinação do juiz, mediante ofício a ser expedido ao cartório, no prazo de 3 (três) dias, contado da data de protocolo do requerimento, desde que comprovada a satisfação integral da obrigação.”

Nesse passo, vale ser destacada a lição de André Gomes Netto e André Villaverde de Araújo<sup>1</sup>:

<sup>1</sup> GOMES NETTO, André, ARAÚJO, André Villaverde de. Direito Imobiliário, Notarial e Registral: Perspectivas

*“O primeiro aspecto que deve ser analisado na referida norma é a opção do legislador em permitir o protesto de decisão (gênero). Tal opção permite a interpretação de que podem ser objeto de protesto: sentenças, decisões interlocutórias e acórdãos. A norma exige apenas o trânsito em julgado, não fazendo nenhuma diferenciação entre a coisa julgada material ou formal. Nesse passo, entende-se pela possibilidade de protesto de sentenças, acórdãos e decisões interlocutórias, desde que esgotados os prazos para recursos, ou seja, abrangido pelo efeito da coisa julgada.*

*O novo CPC estabelece a diferenciação entre sentença e decisão interlocutória pelo critério de exclusão. É decisão interlocutória aquela que não for sentença. Assim, é necessário estabelecer o conceito de sentença para se chegar ao conceito de decisão interlocutória.*

*Nos termos do art. 203, do novo CPC: “(...) sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos artigos 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”. Sentença é definida, portanto, como o provimento jurisdicional pelo qual o juiz, decidindo ou não o mérito, encerra uma face processual (cognitiva ou executiva), os critérios são cumulativos.*

*De outro lado, nos termos do § 2º do art. 203 do novo CPC: “Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”. Assim, uma decisão que tenha por fundamento o art. 485, do novo CPC (decisão sem resolução de mérito) e o art. 487, do novo CPC (decisão com resolução de mérito) mas que não coloque fim a uma fase cognitiva ou executiva será considerada uma decisão interlocutória, permitindo-se, portanto, a existência de decisão interlocutória abrangida pela coisa julgada material.*

*Outro limite estabelecido para o protesto de decisão judicial é a natureza da obrigação, permitindo-se apenas o protesto de decisão que*

---

contemporâneas. Orgs: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Carla Fernandes de. 1º ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2017.

*condenar ao pagamento de quantia certa ou de conversão de pagamento em quantia certa da decisão que condenar em obrigação de fazer, não fazer ou entrega de coisa. Tal interpretação decorre da segunda parte do “caput” do artigo 517, que exige o decurso do prazo previsto no artigo 523, prazo este aplicável somente às decisões que condenarem o demandado ao pagamento de quantia certa ou decisão decorrente da conversão de condenação de fazer, não fazer, de entrega de coisa em obrigação de pagar quantia certa.”*

A par dessa realidade, todo processo em que houver um título executivo judicial definitivo este poderá ser protestado, independentemente da competência do juízo de origem.

## **2. O PROTESTO EXTRAJUDICIAL E A FISCALIZAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO**

O protesto das decisões judiciais disciplinado no art. 517 do CPC deve ser priorizado antes da inclusão direta do nome do executado em cadastros de inadimplentes previsto no § 3º, do art. 782 do mesmo diploma legal, por ser mais benéfico para o devedor. Nesse sentido, o protesto extrajudicial, sob a fiscalização direta do Poder Judiciário, é, assim, uma alternativa legal e segura com o consequente resguardo dos direitos dos devedores, face ao enfrentamento forense diuturno do problema da inclusão do nome de consumidores inadimplentes nos bancos de dados dos serviços de proteção ao crédito e congêneres, por vezes, sem a devida comunicação pessoal prévia e com aviso de recebimento. Ressalte-se que, nessas circunstâncias, o protesto concede segurança jurídica ao sistema, pois a sua intimação sempre será, em regra, pessoal, e reduz, conseqüentemente, o nível de discussões judiciais a respeito de se a efetiva ciência do devedor foi ou não configurada.

Atualmente, a “falta de notificação do devedor na inscrição de seu nome em órgãos de proteção ao crédito” ocupa a 2ª POSIÇÃO no ranking das 20 causas que mais geram indenizações por dano moral em todo o Poder Judiciário brasileiro, conforme veiculado no site [www.nacaojuridica.com.br](http://www.nacaojuridica.com.br) (acesso feito no dia 1º de agosto de 2018, às 10:38h, em <http://>

[www.nacaojuridica.com.br/2018/02/danos-morais-confira-as-20-causas-que.html?m=1](http://www.nacaojuridica.com.br/2018/02/danos-morais-confira-as-20-causas-que.html?m=1)).

Somente quando esgotado o tríduo legal sem que o devedor tenha oferecido pagamento, o protesto será lavrado e registrado, tendo, aí sim, como consequência, o fornecimento de sua informação mediante certidão às entidades representativas da indústria e do comércio ou àquelas vinculadas à proteção do crédito, consoante o que dispõem os artigos 20 e 29 da Lei Federal nº 9.492/1997.

Nesse sentido a egrégia Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, nos autos do Processo nº 2009-073886, já bem definiu os contornos jurídicos do protesto extrajudicial e sua garantia tanto para credores como para os devedores, a partir de Parecer, com caráter normativo e ainda em vigor, da lavra do então Juiz Auxiliar, Desembargador Cláudio Brandão de Oliveira, que foi publicado no DJERJ no Caderno I – Administrativo, páginas 16 e 17, em 13/04/2009, **e que foi acolhido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça**, nos autos do Pedido de Providências nº 200910000045376, *verbis*:

“Primeiramente, devem ser destacados os contornos modernos que envolvem o protesto extrajudicial de títulos e outros documentos de dívida, como meio de se alcançar segurança jurídica no trato das relações econômicas entre particulares e naquelas abarcadas pelo Direito Público.

Em uma economia de mercado globalizado, como a que vivemos no Brasil, mostra-se fundamental a manutenção de um sistema jurídico que possibilite a efetividade dos direitos creditícios, inclusive dos entes públicos, através de mecanismos módicos, céleres e imparciais, a exemplo do que já se alcançou com a moderna Lei Federal n.º 9.492/1997 dedicada ao protesto de títulos e outros documentos de dívida. Assim, o processo judicial não deve e não pode ser a única forma de composição dos conflitos de interesses no seio da sociedade.

No protesto extrajudicial, quem é credor, ente público ou privado, de um título ou documento de dívida que contenha obrigação vencida e não paga tem a faculdade de agir para alcançar a prova plena do inadimplemento, independentemente da possibilidade ou não de executar a sua dívida.

O protesto de títulos e outros documentos de dívida é um procedimento chancelado com a fé-pública, que se traduz em segurança para o devedor, inspirado pelos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, além de contar com a imediata fiscalização do Poder Judiciário. No que pertine ao devedor, constitui-se em medida muito menos gravosa do que o fornecimento promovido pelo credor diretamente às entidades vinculadas à proteção do crédito e àquelas representativas da indústria e comércio, quando da constatação da mora, uma vez que o mesmo devedor tem a chance de pagar sua dívida em cartório antes do lançamento de seu nome em tais cadastros restritivos de crédito, como corolário da lavratura e registro do protesto. Daí, a grave determinação do legislador inserta no art. 29, § 2º da Lei **Federal n.º 9.492/1997.**” (grifo nosso).

A Relatora do Pedido de Providências n° 200910000045376, acolhido pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça, Conselheira Morgana Riça, destacou, com bastante propriedade, que:

*“Outrossim, constatado o interesse público do protesto e o fato de que o instrumento é condição menos gravosa ao devedor, posição esta corroborada pelos doutrinadores favoráveis à medida. O protesto possibilita ao devedor a quitação ou o parcelamento da dívida, as custas são certamente inferiores às judiciais, bem assim não há penhora de bens tal como ocorre nas execuções (...).”*

No mesmo sentido, é o posicionamento do egrégio Supremo Tribunal Federal, valendo destacar o voto do eminente Ministro LUIS ROBERTO BARROSO, Relator da ADI 5135, que convalidou a constitucionalidade do Protesto das Certidões da Dívida Ativa, de cuja ementa transcreve-se o seguinte trecho:

“3.2. (...) A medida é adequada, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A medida é necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é proporcional em sentido estrito, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo.” (grifo nosso).

### **3. O PROTESTO EXTRAJUDICIAL DAS DECISÕES JUDICIAIS E A DESONERAÇÃO PARA O CREDOR**

Os emolumentos cobrados pelos Serviços Notariais e de Registro são tributos estaduais, na categoria de taxa, vinculados a prestação específica de serviço público de utilidade pública e com destinação especial, no caso das Serventias privatizadas revertidas ao notário ou registrador.

Na esteira desse entendimento, já se pronunciou o colendo Supremo Tribunal Federal desde a análise da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.378/ES, publicada no Diário da Justiça em 30.05.1997. Contudo, o prazo de pagamento de tributos pode ser fixado em lei ou em ato infralegal (*STF, Pleno, RE 140.669, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 18/5/2001* | *STF, 1ª Turma, RE 253.295, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 19/11/1999*), ou seja, pode ser feito (i) por lei ou (ii) por ato do Chefe

do Executivo ou (iii) por ato do Poder Judiciário. Ademais, a alteração de prazo para pagamento de tributos não se submete à anterioridade (*STF, Súmula vinculante nº 50*).

A medida ora proposta já é norma geral estabelecida, há muitos anos, no artigo 325 do Código Civil (*“Art. 325. Presumem-se a cargo do devedor as despesas com o pagamento e a quitação; se ocorrer aumento por fato do credor, suportará este a despesa acrescida”*) e está coadunada com o art. 37, parágrafo 1º. da Lei 9.492/97, que assim dispõe:

*“§ 1º Poderá ser exigido depósito prévio dos emolumentos e demais despesas devidas, caso em que, igual importância deverá ser reembolsada ao apresentante por ocasião da prestação de contas, quando ressarcidas pelo devedor no Tabelionato.”* (grifo nosso).

Nesse sentido foi o pronunciamento administrativo do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao editar o Ato Executivo Conjunto TJ e CGJ nº 07/2014, que permitiu que qualquer pessoa física ou jurídica, credora em uma decisão judicial transitada em julgado, pudesse ser dispensada do depósito prévio de emolumentos e dos demais acréscimos legais incidentes sobre o ato de protesto, cujos valores devidos serão exigidos dos interessados, de acordo com a tabela de emolumentos e das despesas reembolsáveis vigentes na data.

#### **4. AS VANTAGENS DO PROTESTO: O RECEBIMENTO DOS VALORES DEVIDOS E A ELIMINAÇÃO DA FASE JUDICIAL DE “CUMPRIMENTO DA SENTENÇA”**

Os benefícios a serem atingidos com a utilização do protesto como instrumento automático e imediatamente anterior à prática de atos judiciais executivos são evidentes. De um lado, evita-se a instauração da fase de cumprimento de sentença (antigo “processo” de execução) que, além de ocupar e movimentar a máquina do Judiciário com a prática de inúmeros atos de expediente, ordinatórios e decisórios, tem por característica histórica e marcante a sua absoluta ineficiência e a conseqüente frustração do direito do credor reconhecido no provimento jurisdicional. Em outras

palavras, no caso de execução frustrada ou infrutífera (bastante comum), não são apenas os atos praticados na fase de cumprimento de sentença que se revelam inúteis, mas também todos aqueles anteriores, praticados na fase cognitiva onde se buscou o reconhecimento do direito do autor.

Por outro lado, a apresentação da sentença a protesto fará com que o devedor seja intimado para efetuar o pagamento da dívida constante da sentença em 3 (três) dias úteis, conforme preconizado na Lei 9.492/97 e, caso não o faça, será lavrado o protesto e, reitere-se, **aí, sim, seu nome será registrado em cadastros restritivos de crédito.**

E levando-se em conta que o protesto também poderá ser tirado em casos de processos de execução em curso, uma nova e fundamental utilidade a ferramenta passa a ter: a eliminação de processos paralisados nas serventias judiciais, sem qualquer previsão de movimentação, fazendo com que estes processos possam ser extintos, baixadas as estatísticas de “processos em curso” e aumentada significativamente a eficiência do Tribunal no atingimento das metas fixadas pelo Conselho Nacional de Justiça.

## CONCLUSÃO

Por todo o exposto, é admissível concluir que todos os caminhos levam à adoção do protesto de decisão judicial transitada em julgado, agora previsto expressamente no novo Código de Processo Civil, como instrumento útil, adequado e necessário para o Judiciário do Século XXI, cuja implementação e divulgação devem ser buscadas de forma prioritária pela Justiça Federal, do Trabalho e dos Estados e do Distrito Federal. Como se trata de medida que não é de todo nova, o que ainda está constituindo entrave à ampla utilização do protesto de decisão judicial e a consequente desjudicialização da fase executiva são questões de ordem extralegal. Nesse sentido, duas são as causas: a) falta de instrumento de informática facilitador da extração da Certidão de Crédito e seu envio para o cartório de protesto; b) divulgação entre os advogados e provocação por parte dos magistrados quanto à utilidade do protesto da sentença.

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

GOMES NETTO, André, ARAÚJO, André Villaverde de. *Direito Imobiliário, Notarial e Registral: Perspectivas contemporâneas*. Orgs: GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; OLIVEIRA, Carla Fernandes de. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2017.

# UM LUGAR RESERVADO A CÉU ABERTO

**Allen dos Santos Pinto da Silva**

Servidor do TJRJ e Pesquisador - InovUerj

**Diogo de Sousa Oliveira**

Advogado

(Enviado para parecer em: 11/06/2018 Pareceres em: 31/07/2018 e 12/09/2018)

**RESUMO:** O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro se posicionou favorável ao combate à poluição na Baía de Guanabara. Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça liberou o despejo do esgoto. O presente artigo tem por propósito analisar este conflito jurisprudencial, que causa prejuízo ao consumidor de forma direta e indireta.

**PALAVRAS-CHAVES:** Tarifa de esgoto. Cobrança. Jurisprudência. Repercussão Geral. Processo Civil.

**ABSTRACT:** The Court of Justice of the State of Rio Janeiro was in favor of fighting pollution in Guanabara Bay. On the other hand, the Superior Court of Justice released the eviction of the sewage. The purpose of this article is to analyze this jurisprudential conflict, which causes harm to the consumer, directly and indirectly.

**KEYWORDS:** Sewage tariff. Collection. Jurisprudence. General Repercussion. Civil lawsuit.

## INTRODUÇÃO

Em função de uma decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, com fulcro na uniformização da jurisprudência, a norma constitucional que prevê a proteção do Meio Ambiente foi desconsiderada. Por sua vez, o Tribunal de Justiça se manteve firme no seu posicionamento ao combate da

poluição da Baía de Guanabara e desconsiderou o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.

O cerne da questão gira em torno do serviço de saneamento básico. Enquanto o TJ-RJ se posiciona favorável ao combate ao despejo de esgoto na Baía de Guanabara, o STJ o libera, incentivando o dano ambiental.

Para piorar, a tarifa de esgoto é cobrada sem a efetiva prestação de serviço pela concessionária. Tal fato ilustra o perigo processual e engessamento do instituto do recurso repetitivo previsto no artigo 1036, do Código de Processo Civil.

## 1. O DIREITO É UM ORGANISMO VIVO

“O direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo”<sup>1</sup>.

Por oportuno, cabe salientar que a matéria em sede de recurso repetitivo teve como base legal o artigo 543-C, do CPC/73. No entanto, com todas as vênias, o apontado julgamento não possui efeito vinculante, conforme o que pode ser verificado pela leitura do artigo 543-C, § 8º, do CPC, motivo por que é possível discordar da orientação firmada, por maioria, no Eg. STJ, pelas razões que passo a discorrer.

O artigo 3º, alínea “b”, da Lei nº 11.445/072, traz a definição de esgotamento sanitário como um conjunto de atividades que se integram. Logo, se uma das atividades não é cumprida e o serviço não é prestado em sua plenitude, a contraprestação paga pelo consumidor não pode ser a tarifa cheia, mas sim a proporcional ao serviço que lhe foi prestado.

Assim, a cobrança da tarifa proporcional se mostra a mais adequada ao caso em apreço. Não só porque impede o enriquecimento sem causa da con-

<sup>1</sup> Voto do Ministro do STF, Eros Grau, no julgamento da ADPF 46 no Tribunal Pleno, no dia 15/06/2005, p. 91.

<sup>2</sup> Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, considera-se: b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente

cessionária, decorrente da cobrança de serviço de tratamento não prestado, como também não torna gratuito o uso de serviço de coleta e transporte do esgoto, o que também implicaria em violação ao equilíbrio e ao caráter contraprestacional da relação contratual. Nesse sentido, há precedentes da Corte Estadual no processo nº 0286978-08.2011.8.19.0001 (Apelação – Des. Paulo Maurício Pereira - Julgamento: 07/08/2013 - Quarta Câmara Cível).

A doutrina dominante tem entendido que a uniformização de jurisprudência não é um recurso típico ou nominado em forma de reexame, mas um incidente que pressupõe julgamento de recursos em andamento pelos diversos órgãos de prestação jurisdicional em segunda instância, e que se mostra como verdadeira questão preliminar a ser decidida pela turma competente.

Nos autos do processo administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000, a Desembargadora Relatora Letícia Sardas, com fundamento no artigo 122, § 3º, do Regimento Interno deste Eg. Tribunal de Justiça, submeteu ao Colegiado do Órgão Especial à apreciação do verbete da súmula nº. 255, que diz ser “Incabível a cobrança de tarifa pela simples captação e transporte do esgoto sanitário.”.

Frisa-se que o Ministério Público opinou pelo acolhimento do supracitado verbete, o qual teve como base legal o artigo 3º, da Lei nº 11.455/07, que define o que se deve entender por esgotamento sanitário, bem como o que pode ser cobrado. Esta inovação, que se encontrava prevista nos regimentos internos das Cortes, foi normatizada nos artigos 476 a 479, do Código de Processo Civil de 1973, e reiterada nos artigos 926 e 927, do Código de Processo Civil de 2015.

Após a consolidação do verbete no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o Ministro José Delgado, do Superior Tribunal de Justiça, nos autos de uma demanda que tratava da ilegalidade da cobrança de esgoto, decidiu<sup>3</sup> que a concessão para explorar serviço público de esgoto e tratamento

3 RECURSO ESPECIAL Nº 431.121 - SP (2002/0048952-5)

dos resíduos é de natureza complexa, e é legal a exigência do pagamento da tarifa quando o serviço de esgoto é oferecido, iniciando-se a coleta das substâncias com a ligação do sistema às residências dos usuários. E ainda, que a finalidade da cobrança da tarifa é manter o equilíbrio financeiro do contrato, possibilitando a prestação contínua do serviço público, bem como que a lei não exige que a tarifa só seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto esteja concluído.

Portanto, a cobrança de tarifa de esgoto passou a ser devida, sob o fundamento de que a Lei nº 11.455/07 não exige que a tarifa apenas seja cobrada quando todo o mecanismo do tratamento do esgoto está concluído.

Por sua vez, com base na supracitada decisão, o verbete da súmula nº 255, deste Eg. Tribunal de Justiça, foi cancelado, conforme acórdão publicado no dia 31/05/2012, nos autos do processo administrativo nº 0032040-50.2011.8.19.0000.

No entanto, no dia 30 de abril de 2014, o Desembargador Alcides da Fonseca Neto decidiu que a cobrança da tarifa de esgoto era indevida quando não fornecida a totalidade do serviço e, por conseguinte, determinou que a Concessionária restituísse o percentual de 50% do valor cobrado a título de tarifa de esgoto para o consumidor.

De plano, é preciso destacar que a base jurisprudencial da supracitada decisão é o voto vencido do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que considerou ilícita a cobrança integral da tarifa quando não prestada uma das etapas do serviço – no caso, o tratamento dos resíduos – e concluiu que a natureza contraprestacional da tarifa autoriza apenas a cobrança parcial, de forma proporcional aos serviços efetivamente prestados.

Desde então as Câmaras Especializadas em Direito do Consumidor do TJ-RJ vêm decidindo que é correta a devolução de 50% do valor cobrado a título da tarifa de esgoto para o consumidor, divergindo tão somente quanto à indenização por dano moral e à devolução em dobro, conforme julgamento proferido no processo nº 0008689-60.2012.8.19.0211.

## 2. O MEIO AMBIENTE, O DANO AMBIENTAL E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Embora no texto do art. 3º, I, da Lei n. 6938/81, o Meio Ambiente tenha sido conceituado de modo restrito, a doutrina optou por classificá-lo com base nos aspectos que o compõem. Com isso, passou a abarcar tanto seus elementos constitutivos – como a fauna, a flora, os recursos hídricos e minerais – quanto também os elementos incorpóreos e imateriais.

A partir dessas concepções, Milaré expõe seu conceito sobre o dano ambiental “... arriscamo-nos, para fins eminentemente didáticos, a dizer que *dano ambiental* é a lesão aos *recursos ambientais*, com conseqüente degradação – *alteração adversa* ou in pejus – *do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida*.” (MILARÉ, 2009, p. 866, grifo do autor).

Ainda assim, há de se observar que mesmo que se cumpram todas as disposições legais, normas jurídicas ou regulamentos, o dano poderá ocorrer. Desse modo, com base nessas definições e utilizando o texto do art. 225, §3º, da Constituição Federal de 1988, procurou-se uma forma de imputar a responsabilidade ao causador do dano.

Com as reformas trazidas no Código Civil Brasileiro de 2002, a doutrina começa a reconhecer e utilizar a Teoria do Risco nos casos de dano ambiental, adotando o que hoje é chamado de Responsabilidade Objetiva, afastando-se, assim, a culpa como pressuposto da obrigação de reparar.

Baseando-se nos princípios da Prevenção e da Precaução, o Direito Ambiental tem como um dos seus principais objetivos evitar que o dano ocorra, por este ser de difícil reparação ou recomposição. Por este motivo, busca-se prevenir o acontecimento de danos previsíveis e imprevisíveis.

Pegando carona também no Princípio do Poluidor-Pagador, o simples perigo do empreendimento, por si só, já exige uma tutela. Como é o caso de um dano decorrente de um conjunto de fatores naturais imprevisíveis, mas que se tornou possível devido à ação humana, ainda que esta ação tenha seguido todos os padrões e cuidados impostos.

Não se torna razoável que diante do exercício de uma atividade onde existe um perigo de dano, não se enseje um dever de compensação ao seu responsável, “decorrente do simples fato de este se beneficiar diretamente do exercício destas atividades perigosas e particularmente arriscadas, à margem, pois, de qualquer consideração de culpa.”, como bem explica Danny Monteiro. (SILVA, 2008, p. 250).

Na própria Lei que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente 6938/81, no art. 14, § 1º, há a previsão da responsabilidade civil. Nos mesmos moldes, existe previsão também no Código Civil acerca da obrigação de reparar o dano, independente da culpa, em seu art. 927, parágrafo único.

Dessa forma, o Direito Ambiental adota a Teoria Objetiva, haja vista a importância fundamental da verificação dos riscos decorrentes do exercício de determinada atividade.

## 2.1 Responsabilidade do Estado pelos Crimes Ambientais

No que tange à Responsabilidade do Estado pelas condutas lesivas, se estenderia ao Poder Público a não permissão de causar danos a outrem. Alguns artigos da atual legislação brasileira ajudam a esclarecer a extensão dessa responsabilidade, como o artigo 37, §6º<sup>4</sup>, da Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto:

A responsabilidade agora imputada ao Estado, também compreenderá os atos que causem danos a terceiros, praticados por seus agentes, que como bem define Mauro Faria, não se limitam a “meros representantes da Administração, mas sim a própria entidade munida dos poderes de atuação.”. (FILHO, 2014, p. 55).

No Rio de Janeiro, onde o serviço de tratamento de esgoto é prestado pela concessionária CEDAE, a princípio tais condutas são de competência

---

4 Art. 37, §6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa

do Estado: o domínio das águas pelo Estado vem esculpido no artigo 26, da CF, nos incisos I, II e III, delimitando aquilo que é de seu controle. E a responsabilidade pelo combate à poluição e a defesa do meio ambiente, no artigo 23, da CF.

Além disso, o controle estatal das atividades privadas é feito através do Poder de Polícia que, embora encontre previsão no artigo 78 do Código Tributário Nacional, não se limita a atuação referente ao Fisco. Através dele, o Estado busca harmonizar os direitos individuais e difusos, com uma atuação preventiva ou repressiva.

Machado define da seguinte maneira:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. (MACHADO, p.385)

O despejo de esgoto *in natura* e a falha/ausência na prestação de um serviço de qualidade pela CEDAE provocam alterações na água que comprometem a saúde e o bem-estar da população, além do próprio meio ambiente, enquadrando-se no conceito de poluição trazido pelo artigo 13, do Decreto nº 73.030/73, em conformidade com o texto da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, em seu artigo 3º, III.

Desse modo, como o Estado é o detentor do poder/ dever de proteção e defesa dos direitos e garantias, este deve ser responsabilizado na ocorrência de crimes ambientais oriundos da atuação de seus órgãos, ou por intermédio daqueles que façam por ele, como as permissionárias ou concessionárias.

Assim, deverá responder pelos riscos que a atividade gerou. Inicialmente em razão das condutas que o agente praticou e que ocasionaram o dano de forma subjetiva, e, por fim, em decorrência da ausência de fiscalização ou da ineficiência desta, de forma objetiva, vez que não evitou que a lesão ocorresse quando tinha o dever de fazer, como já entende a jurisprudência do STJ no Agravo Regimental no Recurso Especial -1001780 PR 2007/0247653-4.

Dessa maneira, havendo a comprovação do dano, o nexo de causalidade com a omissão e o resultado lesivo, o Estado deverá ser responsabilizado pela omissão no dever de fiscalizar e proteger o meio ambiente, como informa o § 6º do Art. 37 da Constituição Federal.

A Lei de Crimes Ambientais trouxe a possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica no artigo 3º, atendendo aquilo que já era trazido pela Constituição Federal no artigo 255, §3º, na medida em que o legislador constatou que os grandes danos causados ao meio ambiente não eram oriundos das atividades praticadas por pessoas físicas.

Nota-se que no artigo 3º, da Lei nº 6.938/81, não há distinção entre poluidor público ou privado. Assim, tanto o administrador de uma empresa pública quanto o administrador de uma empresa privada podem ser responsabilizados pelos danos ambientais provocados pela pessoa jurídica que representam. Porém, nesta hipótese, deve ser adotada a teoria subjetiva, conforme traz o artigo 37, § 6º, da [Constituição Federal](#). Neste sentido, TJ-SP - APL: 90633578320098260000 SP 9063357-83.2009.8.26.0000. Não há dúvidas, entretanto, de que é cabível a responsabilização do agente público pelos danos ambientais, aos quais a pessoa jurídica de direito público que ele representa for poluidora direta ou indiretamente.

O que a doutrina sustenta é a impossibilidade da pessoa jurídica cometer ilícito, no seu interesse ou benefício, pois por sua própria natureza, só podem perseguir fins lícitos, que alcancem o interesse público. Logo, quem age com desvio é o administrador e, portanto, somente este poderia ser responsabilizado criminalmente por crime ambiental.

### 3. E O CONSUMIDOR NESSA HISTÓRIA?

Uma das controvérsias do presente artigo gira em torno da existência, ou não, de tratamento de esgoto realizado pela Concessionária de Serviço Público, que justifique a cobrança de tal serviço ao consumidor. Tal controvérsia está relacionada à legalidade da cobrança de tarifa de esgotamento sanitário pela Concessionária de Serviço Público sem que haja a prestação completa do serviço, de modo que está configurada a relação de consumo, a atrair a aplicação das normas insertas no CDC.

Prosseguindo, a relação jurídica entre usuário e Concessionária de Serviço Público é de consumo, a teor do artigo 2º e 3º, da Lei nº 8.078/90, diploma com assento nos artigos 5º, XXXII, 24, VIII e 170, V, da Constituição Federal de 1988. O artigo 22 do CDC prevê a responsabilidade objetiva das concessionárias de serviço público, independentemente da comprovação da culpa, somente afastado o dever de indenizar quando demonstrada a culpa exclusiva do ofendido ou de terceiro. Para a configuração da responsabilidade objetiva e do consequente dever de indenizar, é necessária a comprovação do fato, do dano e do nexa causal.

Por sua vez, no artigo 14, § 3º do CDC, está disposto que a Concessionária de Serviço Público só não será responsabilizada quando provar alguma excludente de sua responsabilidade previstas nos incisos I e II do mencionado dispositivo legal.

Contudo, nos termos do já exposto anteriormente, a Concessionária de Serviço Público não cumpriu o disposto no artigo 14, § 3º, II, do CDC e do artigo 373, II, do CPC, tornando verossímil as alegações do consumidor, e, por conseguinte, imputa a aplicação do artigo 14, *caput*, e 22 do CDC.

Sem dúvida, a cobrança indevida por um serviço não fornecido provoca transtornos e turbção psíquica que ensejam indenização extrapatrimonial, posto que a hipótese em tela é de dano moral derivado da própria prática ofensiva ao direito da parte, ou seja, dano moral *in re ipsa*.

Também não pode afastar seu caráter pedagógico-punitivo, devendo ser consideradas, na hipótese, as várias atitudes lesivas praticadas que causaram dano, a exemplo, a remessa indevida de carnê para pagamento de prestações oriundas de um contrato fraudulento.

Saliente-se que não há um critério legal predeterminado para arbitramento da indenização, mas há critérios indicados pela doutrina e jurisprudência, dentre eles a capacidade econômica das partes, o objetivo compensatório e, até mesmo, segundo boa parte da doutrina, um componente punitivo, aplicação esta que, inclusive, bem se enquadra na presente demanda como meio de impulsionar a Concessionária de Serviço Público a adequar sua conduta aos ditames da boa-fé objetiva, evitando, assim, o engrossamento da fila de lesados que buscam no Judiciário a reparação de seus danos.

Em outra perspectiva, evidencia-se que o fornecedor do serviço de água, ao descumprir sua missão e praticar ato ilícito, independentemente de culpa, impõe ao consumidor um relevante ônus produtivo indesejado por este, onerando indevidamente seus recursos produtivos.

A existência do dano moral é evidente, pois a cobrança indevida basta para gerar no consumidor o sentimento de angústia e ofensa à honra, que vai além do aborrecimento cotidiano, nesse sentido o Verbete da Súmula nº 127 do TJRJ traz que “Para a configuração do abuso do direito é dispensável a prova da culpa”.

Ressalte-se que a fixação do *quantum* reparatório é questão delicada, ficando sujeita à ponderação, ao prudente arbítrio do Magistrado, que deve buscar a solução mais adequada para o caso em exame, sempre observando o princípio da razoabilidade, pois inexistindo critérios determinados e prefixados para a quantificação do dano moral, é recomendável que o arbitramento seja feito com moderação e atendendo às peculiaridades do caso concreto.

A indenização por danos morais, nesta causa, visa reparar o dano causado pelo desserviço da Concessionária de Serviço Público, sendo certo

que o valor imposto observou os parâmetros da razoabilidade, com fulcro no artigo 944, do CC.

Além disso, acrescenta-se que não pode o Poder Judiciário arbitrar valores que beiram a insignificância quando comparados às multas administrativas, sob pena de perder o sentido do punitivo-pedagógico da indenização por dano moral.

Não deve o Estado-Juiz ser permissivo com uma cobrança indevida, sob pena de subscrever e legitimar a irregularidade cometida pela Concessionária de Serviço Público, que enseja seu enriquecimento ilícito.

De acordo com abalizada jurisprudência do STJ, REsp nº 769.580/RS, o *quantum* indenizatório deve ser arbitrado a partir de um sistema bifásico. Primeiramente se fixa o valor básico ou inicial da indenização, considerando-se o interesse jurídico atingido, em conformidade com os precedentes jurisprudenciais acerca da matéria (grupo de casos). Em um segundo momento, deve-se considerar as características do caso concreto, levando em conta suas peculiaridades.

No caso vertente, cabe ressaltar que o consumidor vem sendo cobrado mensalmente por um serviço que não é prestado na sua plenitude e que tal falha ocasiona um dano irreparável ao meio ambiente.

Entendemos que, diante da repercussão fática do tema e dos efeitos de seu reconhecimento, é imperiosa, no caso, a aplicação da Teoria do Dano Reflexo ou Ricochete, pois que a situação do dano ambiental sofre reflexo na esfera da vida do consumidor/ cidadão.

#### **4. CONCLUSÃO**

É lamentável e inaceitável o impacto ambiental causado pelo lançamento dos dejetos sanitários não tratados na natureza, o que somente ocorre porque não há vontade política por parte dos administradores públicos em dar efetividade ao processo de saneamento básico.

A omissão e o descaso de certos administradores públicos, que descumprem reiteradamente diversas normas constitucionais relacionadas ao meio ambiente, sem que até hoje qualquer providência efetiva tenha sido tomada em detrimento de suas ações irresponsáveis.

A decisão do Superior Tribunal de Justiça, que firmou o entendimento no sentido de que a efetiva realização de apenas uma das atividades previstas no artigo 9º do Decreto nº 7.217/10 (coleta, transporte, tratamento dos dejetos ou disposição final dos esgotos e dos lodos originários da operação de tratamento), caracteriza a prestação do serviço e autoriza a cobrança, não alcança os preceitos constitucionais de proteção ao meio ambiente e dignidade do cidadão/consumidor.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em: <<https://goo.gl/044zZC>>. Acesso em 15 abril 2017.

Código Ambiental do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro0307.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/0a461ba2211e1bf6832572430058a542?OpenDocument>>. Acesso em 15.set 2017.

Código de águas. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d24643.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d24643.htm)>. Acesso em 02.set 2017.

Disponível em <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/10/baia-de-guanabara-volta-sofrer-com-despejo-de-lixo-e-agua-suja-no-rio.html>>. Acesso em 02.set 2017.

Disponível em <<http://mail.camara.rj.gov.br/APL/Legislativos/scpro1316.nsf/d08c1d300048019c0325775900523a3e/2495a0ae404fd1d803257b4f0057c64c?OpenDocument>>. Acesso em 02.set. 2017.

Disponível em <<http://www.tratabrasil.org.br/ranking-do-saneamento-2015>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://mapas.ibge.gov.br/tematicos/atlas-de-saneamento-2000.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.rj.gov.br/web/informacao publica/exibeconteudo? article-id=1043524>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <[http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105684/08\\_AnexoVIIDiagnosticodoSistemadeEsgotamentoSanitarioExistente naAreadePlanejamento5.pdf](http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/4290214/4105684/08_AnexoVIIDiagnosticodoSistemadeEsgotamentoSanitarioExistente naAreadePlanejamento5.pdf)>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://epoca.globo.com/colunas-e-blogs/blog-do-planeta/noticia/2016/01/vamos-continuar-lancando-esgotos-nos-rios-ate-pe-lo-menos-2054.html>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://rioonwatch.org.br/?p=7342>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.ibrac.org.br/Associados.aspx>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://www.comiteguandu.org.br/downloads/TESES%20DISSERTACOES%20E%20MONOGRAFIAS/DIAGNOSTICO%20AMBIENTAL%20DAS%20ATIVIDADES%20DO%20POLO%20INDUSTRIAL%20DE.pdf>>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <[http://cepej.com.br/wp-content/uploads/2015/10/XVI-REVISTA\\_CEPEJ.pdf#page=69](http://cepej.com.br/wp-content/uploads/2015/10/XVI-REVISTA_CEPEJ.pdf#page=69)>. Acesso em 02 set. 2017.

Disponível em <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/rdp/article/view/7650/4382>>. Acesso em 02 set. 2017.

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de. Livre iniciativa, livre concorrência e intervenção do estado no domínio econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 97, n. 874, p. 70-100, ago. 2008.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011a.

GRECO, Marco Aurelio. Contribuições (uma figura sui generis). São Paulo: Dialética, 2000.

MARTINEZ, Ana Paula. A proteção dos consumidores pelas normas concorrenciais. São Paulo: Revista de Direito do Consumidor, v. 13, n. 52, p. 7-36, out.-dez. 2004.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PETTER, Lafayette Josué. Direito econômico. 5. ed. atual. ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011. 461 p. (Série Concursos)

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais. A preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na inauguração do constitucionalismo social à luz da Constituição Mexicana de 1917 Disponível em: <<https://goo.gl/BL-fYW3>>. Acesso 17 abril 2017.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

Documentário “DISCURSO DE MARCIO EMMANUEL MOREIRA ALVES – 1968”. Disponível em: <<https://goo.gl/k01j5K>>. Acesso em 17 abril 2017.

Documentário “DRAMATIZAÇÃO DO DISCURSO DO DEP. MARIO COVAS NO DIA 12.12.1968, ÀS VÉSPERAS DO AI-5”. Disponível em: <<https://goo.gl/IWRMPt>>. Acesso em 17 abril. 2017.

XAVIER, Alberto. Os princípios da legalidade e da tipicidade da tributação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1978.

GOMES, Luiz Flavio; Maciel, Silvio. Crimes Ambientais - Comentários À Lei 9.605/98 (arts. 1.º a 69-a e 77 a 82), 2011

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 13ª. ed. 2014.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de direito ambiental. 8º. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, Poder Executivo, Brasília, DF, 5 out 1988.

\_\_\_\_\_, Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Poder Executivo, Brasília, DF, 10 de Jan de 2002.

\_\_\_\_\_, Lei nº 9.605, de 12 de Fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, DF, 12 de Fev de 1998.

\_\_\_\_\_, Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 de Out de 1966.

\_\_\_\_\_, Lei nº 6.938, de 31 de Agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 de Ago de 1981.

PEDROSA, Lúrico Alves Carvalho. Responsabilidade Civil Objetiva - Perspectivas diante do Exercício de Atividades de Risco e de Danos ao Meio Ambiente. 15ª. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2010.

MILARÉ, Édis. Direito do ambiente, 6ª. ed. Revista dos Tribunais, 2009.

SILVA, Danny Monteiro da. Dano ambiental e sua reparação. Curitiba: Juruá, 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro, 21º ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

LIMA FILHO, Mauro Faria de. Responsabilidade Civil do Estado Pelo Dano Ambiental. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2014.

# QUALIDADE DE VIDA DO POLICIAL MILITAR BASEADA NA TEORIA DAS NECESSIDADES

QUALITY OF LIFE OF THE MILITARY POLICE, BASED  
ON THE NEEDS THEORY

**Carlos Alexandre Camargo da Silva**

Graduado em administração. Especialização em Direito Constitucional e em Políticas Públicas de Justiça Criminal e Segurança Pública. Mestrado em andamento em Antropologia na UFF.

(Recebido: 15/06/2018 Aprovado: 29/08/2018 e 13/09/2018)

**RESUMO:** A presente pesquisa visa a investigar, baseada na Teoria das Necessidades de Maslow, a qualidade de vida do policial militar, estabelecendo uma análise comparativa com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Os principais focos abordados foram sono, segurança do corpo e da moralidade. Trata-se de um estudo exploratório, descritivo, lançando mão de técnicas quantitativas e qualitativas na abordagem. Ao final, foi possível conhecer a escala de serviço dos policiais e saber se ocorre privação de repouso e se a escala de serviço interfere na qualidade de sono e de atenção. Foi abordada a questão dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIs) que eram fornecidos aos profissionais durante o serviço e nas folgas e em que grau os policiais confiam nestes. Além disso, foi possível também compreender como o policial militar acredita que a comunidade / sociedade avalia sua atuação em serviço.

**PALAVRAS-CHAVE:** Teoria das Necessidades. Policial Militar. Declaração Universal dos Direitos Humanos Qualidade de Vida.

**ABSTRACT:** The present research aims to investigate, based on Maslow's Theory of Needs, the quality of life of the military police, establishing a comparative analysis between the Universal Declaration of

Human Rights. The main focuses addressed were sleep, body safety and morality. It is an exploratory, descriptive study, using quantitative and qualitative techniques in the approach. At the end, it was possible to know the police service scale, if there is deprivation of rest and if the service scale interferes in the quality of sleep and attention. The issue of Personal Protective Equipment (EPI) was addressed, which was provided to professionals during duty and break times and to what degree the police rely on them. Also, understand how the military police officer believes that the community / society evaluates their work in service.

**KEYWORDS:** Theory of Needs. Military police. Universal Declaration of Human Rights Quality of Life.

**SUMÁRIO:** 1 Introdução. 2 Desenvolvimento; 2.1 Revisão de Literatura; 2.2 Metodologia 2.3 Discussão e Análise de dados. 3 Conclusão. 4- Referências Bibliográficas. 5 Anexos.

## 1. INTRODUÇÃO

Levando-se em consideração o ambiente em que o policial está inserido, sua capacidade de reação e de raciocínio lógico, correlacionando-se à escala de serviço e horas de repouso, além da percepção moral do próprio policial perante a população, acreditamos que investigar a qualidade de vida na profissão policial militar nos auxiliará a trazer conhecimentos que produzirão um debate mais aprofundado sobre temas atuais de gestão. Nessa perspectiva buscamos resposta à seguinte questão de pesquisa: a qualidade de vida do policial militar estaria diretamente relacionada à sua necessidade de sono, segurança do corpo e da moralidade, conforme a Teoria de MASLOW(1943).

Desse modo, confiamos poder concentrar esforço e atenção intelectual do mundo acadêmico para situações cotidianas como: jornada de trabalho, serviços extra para complementação salarial, segurança do corpo e da moralidade dentro e fora do trabalho e a relação entre os mesmos. O conhe-

cimento produzido poderá ser usado para futuras pesquisas e também por demais acadêmicos.

Desta forma, o estudo tem como objetivos:

- Analisar a qualidade de vida do policial militar, utilizando-se da Teoria das Necessidades de Maslow, com foco em sono, segurança do corpo e da moralidade;
- Avaliar se a escala de serviço ou serviços extras interferem na qualidade de atenção, segundo o próprio policial militar;
- Investigar quantos policiais acreditam que a escala de serviço está relacionada à privação de sono;
- Conhecer quais são os equipamentos de proteção individuais (EPIs) fornecidos ao policial militar em serviço e nas suas folgas;
- Inquirir sobre o grau de confiança do policial militar nos EPIs (Equipamentos de Proteção Individual) fornecidos;
- Analisar como o próprio policial militar acredita que a sociedade/comunidade avalia sua atuação em serviço.

Trabalhamos com as seguintes hipóteses no decorrer do estudo:

- A escala de serviço poderia influenciar diretamente na qualidade de sono e de atenção, de acordo com a vivência do policial militar.
- O policial militar deveria se sentir moralmente bem-avaliado pela sociedade, refletindo diretamente na sua qualidade de vida.
- Existiria correlação entre os EPIs fornecidos para o policial militar em serviço e de folga e os acidentes de trabalho, segundo o próprio policial, de forma a satisfazer a necessidade de segurança do corpo.

## 2. DESENVOLVIMENTO

### 2.1 Revisão de Literatura

Apesar de haver inúmeras definições sobre o que é qualidade de vida, não existe uma definição que seja amplamente aceita pela totalidade de autores no assunto. Fica cada vez mais claro, no entanto, é que não inclui apenas fatores relacionados à saúde, como bem-estar físico, funcional, emocional e mental, mas também outros elementos importantes da vida das pessoas como trabalho, família, amigos, e outras circunstâncias do cotidiano, sempre atentando que a percepção pessoal de quem pretende se investigar é primordial (GILL & FEISNTEIN, 1994).

Qualidade de vida é uma ideia que vem sendo largamente difundida na sociedade, correndo-se o risco de haver uma banalização do assunto pelo seu uso indiscriminado ou até mesmo oportunista. De um lado se tem a exploração de um conceito, o que pode resultar na sua depreciação e, de outro, o reconhecimento de que esse conceito exprime um objetivo a ser perseguido, o que preserva seu significado e valor. Atualmente os conceitos mais aceitos de qualidade de vida buscam dar conta de uma multiplicidade de dimensões discutidas nas chamadas abordagens gerais. A definição assumida pela Organização Mundial de Saúde (OMS) é a de que qualidade de vida é a percepção do indivíduo sobre a sua posição na vida, dentro do contexto dos sistemas de cultura e valores nos quais está inserido e em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações (WHOQOL Group, 1994, p. 28). Porém, o conceito preconizado pela OMS reflete a percepção dos indivíduos de que suas necessidades estão sendo satisfeitas ou, ainda, que lhes estão sendo negadas oportunidades de alcançar a felicidade e a autorrealização, com independência de seu estado de saúde físico ou das condições sociais e econômicas (OMS, 1998).

Diversas teorias nos amparam e deixam a motivação cada vez mais ligada à qualidade de vida no trabalho, compreendendo assim os fatores

motivacionais e permitindo o entendimento de cada fator na vida de cada profissional. A teoria da hierarquia de necessidades de Maslow ilustra o princípio de que, a partir de oportunidades e estímulos, os profissionais tendem a trabalhar com maior motivação e entusiasmo, e as necessidades humanas apresentam diferentes níveis de força. Foi nesta analogia que Maslow estabeleceu a seguinte hierarquia: fisiológicas, de segurança, sociais (amor/relacionamento), de estima e de realização pessoal.

Entretanto, ao contrário do que aponta a teoria, SILVA (2009) afirma que:

[...] é notória a indiferença da sociedade tanto para com a crescente quantidade de mortos, incapacitados e expostos a riscos desnecessários (direitos humanos) quanto para com os seus aviltantes salários, condições de trabalho e parques direitos sociais (cidadania). Em se tratando especificamente da sua cidadania, bastará um ligeiro exame da Constituição e da legislação específica para situar a condição em que os PMs são inseridos na estrutura da sociedade brasileira. Ver-se-á que, sem sombra de dúvida, trata-se dos trabalhadores com a maior carga de obrigações e a menor parcela de direitos. Dos brasileiros com a maior carga horária de trabalho, comparados aos de qualquer outra atividade ou instituição (SILVA, 2009).

KANT DE LIMA (2008, pág. 237-238) aponta para a necessidade de desconstruir paradigmas de pensamento e ação dentro de uma nova concepção, em que todos os cidadãos, inclusive os policiais, independentemente de sua condição social, sejam vistos como sujeitos de direito e destinatários da proteção da polícia.

Durante a fase de projeto, pudemos verificar que a quantidade de informação sobre a qualidade de vida de policiais é escassa, o que leva a entender o que sugere KANT DE LIMA (2008, pág. 237-238) quando propõe que o policial desde a sua formação seja visto de forma democrática, fundamentada em premissas como: expressão de cidadania, universalização dos direitos, dentre outras.

Por isso, o objetivo desta pesquisa é analisar a qualidade de vida do policial militar utilizando da Teoria das Necessidades de Maslow, com foco em sono, segurança do corpo e da moralidade. Sem, deixar no entanto, de lado questões como escalas de serviço, qualidade de atenção, privação de sono, análise do grau de confiança que o policial acredita que a sociedade tem durante sua atuação em serviço e quais os equipamentos de proteção fornecidos pelas Polícias Militares do Rio de Janeiro.

Não seria ousado afirmar que, devido à natureza do trabalho que os policiais desempenham, estes profissionais estão sob forte pressão, o que acarreta estados de doenças, insatisfação e desmotivação, levando a um comprometimento da sua qualidade de vida.

CASCAES DA SILVA (2014), em sua pesquisa com policiais civis na cidade do Rio de Janeiro, verificou índices inferiores nos domínios de relações sociais e de meio ambiente quando comparados a idosos de uma comunidade de baixa renda e pacientes com depressão diagnosticada. Outros aspectos da atividade policial, tais como longas horas de trabalho, exposição à violência, envolvimento em uma variedade de incidentes traumáticos, insegurança no trabalho devido à possibilidade de ser seriamente ferido ou morto, são considerados altamente estressantes e, conseqüentemente, ensejam pior qualidade de vida (CASCAES DA SILVA, 2014, pag. 341-351).

Conforme LIPP (2009), existe uma associação entre níveis elevados de estresse emocional e baixa qualidade de vida de policiais. A pesquisa realizada por LIPP (2009) envolveu 418 policiais, abordando questões diversas na área social, afetiva, de saúde e profissional. Como resultado, a área social teve a maior porcentagem de sucesso, seguido pela área afetiva; a área da saúde teve uma taxa de apenas 46 % de sucesso e a área profissional foi a que apresentou menor sucesso.

MASLOW (1973) aponta várias maneiras subjetivas para medir o nível de necessidade, porém dá mais ênfase às queixas apresentadas pelos indivíduos, visto que elas são indicadoras de seus desejos. Segundo ele, os seres humanos irão sempre reclamar, independentemente do nível de suas necessidades, pois os indivíduos sempre estarão desejando alguma coisa

mais da qual não dispõem. Quanto mais alto o nível de necessidade, mais elevados serão esses desejos e, conseqüentemente, mais fortes as reclamações e frustrações dos indivíduos. Essas reclamações podem também ser um indicador da saúde das instituições, pois se elas foram muito baixas, estarão, provavelmente, refletindo um tipo inadequado de gerência e um nível de vida baixo dentro da organização. Quanto mais elevado o nível de reclamações e frustrações, mais elevado é o nível de vida de um indivíduo e, possivelmente, mais desenvolvida a organização em que ele trabalha (MASLOW, 1973). Assim sendo, melhorando-se as condições dentro de uma organização, é de se esperar uma elevação no nível das reclamações, e não o término delas. Isto não significa que os sujeitos irão reclamar mais, mas sim que irão se preocupar e se mostrar frustrados com problemas de natureza hierarquicamente superior.

As necessidades fisiológicas são as básicas para condicionar a vida como: o que comer, o que vestir e onde morar. Enquanto estas necessidades não estiverem satisfeitas, é provável que cada um não dê tanta importância às outras da sequência na pirâmide de Maslow (GIL, 2001, p. 205), como apresentada abaixo:

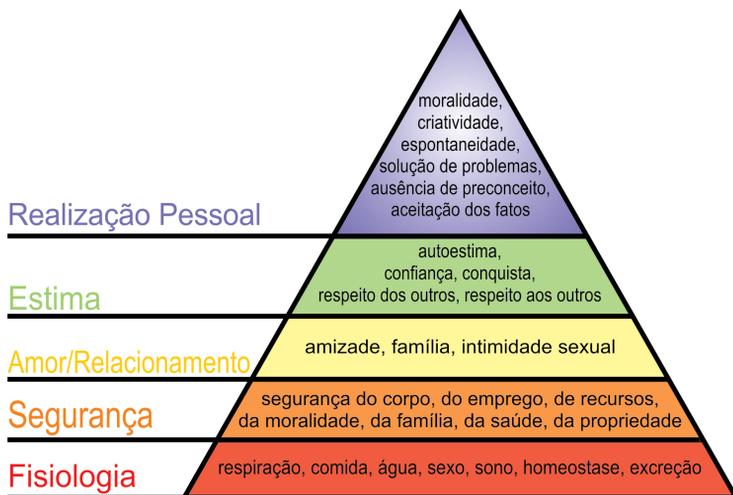


Figura 1- Teoria das Necessidades Humanas de Maslow (Fonte: Maslow, A. H. A theory of human motivation. Psychological Review, p. 370-396, jul. 1943)

Estabelecendo analogia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), seu art. XXIV afirma que “Toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas”. Na sequência, a necessidade de segurança nos infere as questões da nossa própria segurança, estando livre de perigos, esta se manifesta após findar as necessidades fisiológicas como satisfeitas mantendo o comportamento do indivíduo de buscar a próxima satisfação. A Declaração dos Direitos Humanos (1948) corrobora as ideias de Maslow (1943), no sentido de promover medidas progressivas de caráter nacional e internacional, em assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros quanto entre os povos dos territórios sob a sua jurisdição, quando afirma em seu artigo III - “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. Em terceiro lugar deparamo-nos com as necessidades sociais; na sequência, satisfazendo as necessidades anteriores as pessoas passarão a sentir necessidade de interagir e socializar-se com as outras pessoas e até serem aceitos nos grupos escolhidos. Após a satisfação social, a estima predomina o próximo nível satisfação, tornando os indivíduos sentimentais nos termos do seu ego, manifestando o desejo de ser reconhecido pelo que faz, pelos seus gestores ou até mesmo no seu grupo informal organizacional. Findando este nível, temos o surgimento da última necessidade, a de realização pessoal, que é a realização do máximo potencial individual, pois as pessoas estão estimuladas a se tornarem tudo aquilo que as capacita ser (GIL, 2001).

A princípio, pode-se pensar que as exigências por melhor qualidade de vida se referem apenas à remuneração, mas é especialmente a respeito da melhoria das condições de trabalho e da organização psicossocial que existe demanda por mudanças no comportamento organizacional, isto é, trata-se de atender às necessidades humanas. Segundo FERNANDES (1996, p.46),

Pouco resolve atentar-se apenas para fatores físicos, pois os aspectos sociológicos e psicológicos interferem igualmente na

satisfação dos indivíduos em situação de trabalho; sem deixar de considerar os aspectos tecnológicos da organização do próprio trabalho que, em conjunto, afetam a cultura e interferem no clima organizacional com reflexos na produtividade e na satisfação dos empregados.(FERNANDES 1996, p.46)

Além das consequências no desempenho ocupacional típicas das exigências laborais, os problemas físicos e psíquicos relacionados à ocupação policial podem interferir ainda nos relacionamentos com colegas e familiares que comprometem sua qualidade de vida e conseqüentemente sua saúde. Contudo, apesar da relevância dessas temáticas, após extensa busca realizada na literatura especializada, foi identificada ausência quase completa de estudos revisionais sobre o assunto, principalmente daqueles que permitem identificar seguimentos de desfechos finais específicos à atuação policial.

CASCAES DA SILVA (2014) afirma que:

Policiais estão expostos a riscos psíquicos e físicos que afetam fortemente a qualidade de vida e conseqüentemente sua saúde. As principais fontes dos riscos psíquicos entre policiais referem-se aos fatores organizacionais como as longas horas de trabalho e a variabilidade de turno de trabalho, e às experiências ocupacionais típicas da atuação. (CASCAES DA SILVA, 2014)

Os estudos de SURTEES, WAINWRIGHT, KHAW E DAY (2003) também demonstram que a doença física afeta a qualidade de vida nos domínios físico e mental, e que transtornos depressivos e ansiedade têm um profundo impacto sobre a saúde funcional, que é independente das doenças médicas crônicas. A ansiedade crônica está associada a limitações de saúde física em excesso daquelas associadas à depressão crônica ou a qualquer condição de saúde física considerada, exceto para AVC.

RODRIGUES (1994, p.150) relata que qualidade de vida no trabalho tem como base para sua mensuração a motivação e a satisfação em diferentes níveis.

O conceito de qualidade de vida é de certa forma abrangente. Especialmente quando se trata de qualidade de vida no trabalho, e faz-se cada vez mais necessário que tal conceito seja definido com clareza. Os postos de trabalho representam para os policiais militares não apenas uma fonte de renda, mas um meio de satisfazerem suas necessidades de toda ordem, com reflexos evidentemente em sua qualidade de vida. Estes servidores têm no trabalho uma fonte de realização pessoal, principalmente quando fazem aquilo de que gostam e, conseqüentemente, o fazem com prazer.

Segundo FERNANDES (1996, p.40),

Quanto à expressão Qualidade de Vida no Trabalho, (...) não se pode atribuir uma definição consensual. O conceito engloba, além dos atos legislativos que protegem o trabalhador, o atendimento a necessidades e aspirações humanas, calcado na ideia de humanização do trabalho e na responsabilidade social. FERNANDES (1996, p.40)

Sendo assim, poderíamos pressupor que qualidade de vida seria também uma forma de pensamento envolvendo pessoas, trabalho, organização, em que se destacam dois aspectos importantes: a preocupação com o bem-estar do profissional e com a eficácia organizacional. Muniz (2006) defende que:

Como as evidências históricas revelam, a debilidade dos mecanismos de controle interno e externo, quando estendida no tempo, passa a custar muito caro às polícias. Tem conduzido à perda gradativa da sua credibilidade pública e, conseqüentemente, dos padrões de eficácia, eficiência e efetividade nas atividades policiais. Os instrumentos de controle, nos quais se incluem os expedientes de defesa dos direitos humanos dos policiais, configuram-se como ferramentas indispensáveis para a promoção e sustentação da confiança pública nas polícias. Estes instrumentos caracterizam-se como uma exigência fundamental para o atendimento da razão de ser das polícias no Estado de Direito, que se traduz no exercício do mandato do uso da força para a construção de alternativas pacíficas de

obediência às leis sob consentimento social. Seu aperfeiçoamento constitui, pois, um passo inevitável rumo à democratização das organizações policiais e suas práticas.

## 2.2 Metodologia

Trata-se de um estudo exploratório, descritivo, lançando mão de técnicas quantitativas e qualitativas na abordagem.

Para MINAYO (2002, p.21),

A pesquisa qualitativa responde a questões muito particulares. Ela se preocupa, nas ciências sociais, com um nível de realidade que não pode ser quantificado. Ou seja, ela trabalha com o universo de significados, motivos, aspirações, crenças, valores e atitudes, o que corresponde a um espaço mais profundo das relações, dos processos e dos fenômenos que não podem ser reduzidos à operacionalização de variáveis. Não existe um “continuum” entre “qualitativo-quantitativo”, em que o primeiro termo seria o lugar da “intuição”, da “exploração” e do “subjetivismo”; e o segundo representaria o espaço do científico, porque traduzido “objetivamente” e em “dados matemáticos”. A diferença entre qualitativo-quantitativo é de natureza. Enquanto cientistas sociais que trabalham com estatística apreendem dos fenômenos apenas a região “visível, ecológica, morfológica e concreta”, a abordagem qualitativa aprofunda-se no mundo dos significados das ações e relações humanas, um lado não perceptível e não captável em equações, médias e estatísticas. O conjunto de dados quantitativos e qualitativos, porém, não se opõem. Ao contrário, se complementam, pois a realidade abrangida por eles interage dinamicamente, excluindo qualquer dicotomia. Elas correspondem a uma postura teórica e se opõem a outras correntes de pensamento como, por exemplo, a positivista. A principal influência do Positivismo nas ciências sociais foi a utilização dos termos de tipo mate-

mático para a compreensão da realidade. Sua consequência é a apropriação da linguagem de variáveis para especificar atributos e qualidades do objeto de investigação. Os fundamentos da pesquisa quantitativa nas ciências sociais são os próprios princípios clássicos utilizados nas ciências da natureza: a) o mundo social opera de acordo com leis causais; b) o alicerce da ciência é a observação sensorial; c) a realidade consiste em estruturas e instituições identificáveis enquanto dados brutos por um lado e crenças e valores por outro. Estas duas ordens se correlacionam para fornecer generalizações e regularidades; d) o que é real são os dados brutos; valores e crenças são dados subjetivos que só podem ser compreendidos através dos primeiros. MINAYO (2002, p.21).

O foco principal é o estudo de caso profundo e exaustivo de poucos objetos, de maneira que permita seu amplo e detalhado conhecimento. Esta modalidade de pesquisa é amplamente usada nas ciências biomédicas e sociais (GIL, 2007, p. 54). Deste modo, corrobora-se FONSECA (2002, p. 33), quando o autor afirma que:

Um estudo de caso pode ser caracterizado como um estudo de uma entidade bem definida como um programa, uma instituição, um sistema educativo, uma pessoa, ou uma unidade social. Visa conhecer em profundidade o como e o porquê de uma determinada situação que se supõe ser única em muitos aspectos, procurando descobrir o que há nela de mais essencial e característico. O pesquisador não pretende intervir sobre o objeto a ser estudado, mas revelá-lo tal como ele o percebe. O estudo de caso pode decorrer de acordo com uma perspectiva interpretativa, que procura compreender como é o mundo do ponto de vista dos participantes, ou uma perspectiva pragmática, que visa simplesmente apresentar uma perspectiva global, tanto quanto possível completa e coerente, do objeto de estudo do ponto de vista do investigador (FONSECA, 2002, p. 33).

A fonte de dados para a pesquisa foi um total de dezoito policiais militares, sendo nove praças e nove oficiais da PMERJ. Os batalhões foram selecionados de forma aleatória no centro do Rio de Janeiro e Zona Norte do Rio de Janeiro. Os policiais foram abordados por meio de entrevista semiestruturada, com questões abertas e fechadas, com a utilização de um roteiro (anexo1), com foco em sono, segurança do corpo e da moralidade, variando entre soldado até o mais alto posto, independentemente do tempo de serviço. Para Triviños (1987, p. 146), a entrevista semiestruturada tem como característica apresentar questionamentos básicos que são apoiados em teorias e hipóteses que se relacionam ao tema da pesquisa. Os questionamentos dariam frutos a novas hipóteses surgidas a partir das respostas dos informantes. O foco principal seria colocado pelo investigador-entrevistador. Complementa o autor, afirmando que a entrevista semiestruturada “[...] favorece não só a descrição dos fenômenos sociais, mas também sua explicação e a compreensão de sua totalidade [...]” além de manter a presença consciente e atuante do pesquisador no processo de coleta de informações (TRIVIÑOS, 1987, p. 152).

Sem determinação de gênero, idade, religião ou raça, os postos, patentes e batalhões também não foram identificados por participante na pesquisa, a fim de preservação da identidade do profissional. Entretanto, a grande maioria dos entrevistados atua no Estado Maior Geral, Batalhão de Choque e em UPPs (Unidade de Polícia Pacificadora). O tempo médio de duração de cada entrevista foi de dez minutos e o local de realização foi determinado pelo próprio entrevistado.

Após este primeiro momento, os dados foram transcritos pelo próprio pesquisador, mantendo-se sigilo total dos entrevistados. Na fase de transcrição dos dados, identificamos os sujeitos das entrevistas por ordem numérica.

Para análise e discussão dos dados, dividimos o estudo em categorias: Segurança da Moralidade; Sono ou Privação de Sono; Segurança do Corpo.

O tempo de duração do estudo foi de janeiro de 2017 a julho de 2017 (vide Cronograma de Trabalho Anexo 2).

## 2.3 Discussão e Análise de dados

A partir deste ponto, tratamos da análise e discussão dos dados obtidos após entrevistas realizadas com dezoito policiais militares da PMERJ, em sua maioria alocados no Estado Maior Geral, Batalhão de Choque e UPPs, com diferentes tempos de formação. O entrevistado com menor tempo de serviço e que ocupa o menor grau hierárquico tem 1 (um) ano de serviço, e o entrevistado que ocupa o último posto de oficial tem 30 (trinta) anos de serviço.

Como estratégia para apresentação e discussão dos dados coletados, elaboramos as categorias a seguir:

1) Segurança da Moralidade, com enfoque analítico no que o policial militar acredita que a sociedade/comunidade avalia sobre sua atuação em serviço.

2) Sono ou Privação de Sono, com destaque na qualidade de atenção, segundo o próprio policial militar. Além de investigar quantos já sofreram acidentes de serviço, traçando um paralelo entre aqueles que acreditam que a escala de serviço está relacionada à privação de sono.

3) Segurança do Corpo. Nesta categoria, procurou-se observar desde os equipamentos de proteção individual (EPIs) fornecidos pela unidade, até o nível de confiança nos mesmos. Vale destacar que nesta categoria abriu-se a oportunidade de discutir-se a subjetividade, ainda que não se tenha elaborado um instrumento para observação sistematizada; a utilização de áudio durante as entrevistas possibilitou a observação da reação dos entrevistados, principalmente no que se refere à confiança nos EPIs e ao fornecimento de EPIs nas folgas.

### **1) Segurança da Moralidade:**

Dos dezoito policiais militares entrevistados, 17 (dezessete) deixam claro que sua atuação em serviço não é bem vista pela sociedade/comunidade e apenas um acredita que sua atuação em serviço é bem vista. O sentido atribuído por estes ao seu ofício pode ser uma via de acesso para a

compreensão tanto do significado de ser policial, quanto do cotidiano do exercício dessa identidade profissional, e isto pode ser comprovado pelos discursos que seguem:

Policial 4:

“Policiais despreparados e violentos”.

Policial 3:

“Alguém que está ali para te prejudicar [...] que você é o inimigo, que quando está lá causa desordem, você acaba levando a insegurança para as pessoas por conta dos conflitos armados que existem em decorrência dos patrulhamentos, por causa da guerra do combate as drogas”.

Policial 9:

“Não gostam de nós a não ser que precisem”.

Policial 8:

“A sociedade não valoriza o trabalho policial [...], o policial trabalha no limite da tensão, do estresse, além do risco ocupacional. Isso é muito difícil, mas não é visto nem valorizado. Experiências de atuações negativas de alguns profissionais, como tortura, homicídio, acitar dinheiro para libertar cidadãos em situação irregular, ajudaram a generalizar uma visão negativa de desconfiança e de que todo policial é corrupto e que pode fazer algo de errado a qualquer momento”.

Policial 6:

“Com desconfiança por não haver uniformidade de condutas”.

Policial 10:

“A sociedade enxerga a policial como braço forte do Estado, o que causa uma aversão natural ao policial”.

Policial 7:

“Negativamente, de acordo com os interesses imediatos”.

Policial 2:

“De acordo com a comunidade que se esteja trabalhando, se for no Centro ou Zona Sul, a sociedade te vê de uma forma; na Zona Norte ou próximo à área de comunidade, vai ser observado de outra maneira”.

Policial 1:

“De forma parcial, seja por conta da influência midiática ou por experiências anteriores desagradáveis”.

Policial 5: “A sociedade brasileira, de modo geral, tem aversão aos limites impostos pelo Estado. [...] Obviamente, que alguns segmentos da sociedade, de alguma maneira, vão olhar para a polícia com desconfiança, com receio”.

Policial 12:

“Noventa por cento nos condenam”.

Policial 13:

“Têm medo de nos apoiar”.

Policial 16:

“Somente a sociedade de bem nos enxerga positivamente”

Santos (2005, pag. 123) observa que a identidade profissional se constitui tanto pela incorporação de modelos e valores organizacionais quanto pelo sentimento de pertença dos indivíduos às organizações:

Este sentimento de pertença será mais reforçado quanto maior for a identidade colectiva e relacional do indivíduo, implicando a sua participação em actividades colectivas formais e informais que lhe permitem obter uma representação social de si mais favorável, face ao grupo de trabalho de referência ou, mesmo, às chefias (Santos, 2005).

2) Sono ou Privação de Sono:

Ao analisar esta categoria, ficou claro que a imensa maioria dos entrevistados trabalha, em medida de horas semanais, acima do limite estipulado

por lei (vide quadro adiante). Após pesquisa realizada através de consulta online ao Estatuto da PMERJ e aos boletins publicamente disponíveis, verificou-se que não há determinação oficial alguma acerca da jornada de trabalho, dos períodos de descanso, do trabalho noturno, das medidas preventivas da medicina do trabalho, das atividades insalubres ou perigosas, ou quaisquer outras medidas especiais de proteção. Diante disso, tomamos como referencial legal a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), apesar de o Decreto Lei nº 5.452, de 01.05.1943, em seu art. 7º, parágrafo C, determinar que tal lei não se aplica aos funcionários públicos da União, dos Estados e dos Municípios. Entretanto, no art.8º observa-se que, ao contrário do que acontece com os demais ramos do Direito, havendo lacuna na legislação trabalhista, a sua integração será feita, primeiramente, pela utilização da jurisprudência, revelando a sua importância na interpretação e aplicação do Direito Laboral. Posteriormente, se for o caso, o intérprete pode recorrer à analogia, à equidade, aos princípios, às normas gerais de direito, aos usos e costumes, e ao direito comparado, de forma sucessiva, conforme citado:

**Art. 8º** - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

**Parágrafo único** - O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste. (CLT, 1943)

No quadro adiante, podemos verificar também que 50% dos entrevistados declararam déficit na qualidade de atenção e 50% negam. Prosseguindo, 39% declaram ter sofrido acidente de serviço e 61% negam:

Escala de serviço Semanal	Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro
60 horas	22%
Acima de 44 horas	61%
Dentro do limite estipulado por lei	17%
<b>Declaram déficit na qualidade de atenção</b>	
Sim	Não
50%	50%
<b>Declaram ter sofrido acidente de serviço</b>	
Sim	Não
39%	61%

Alguns discursos, entretanto, chamam a atenção:

Policial 2:

“Ao longo dos anos eu senti um esforço muito grande para me manter atento [...], eu consegui sentir o peso dos serviços noturnos”.

Policial 5:

“Interfere na atenção sim, pois o serviço é de elevado estresse”.

Policial 10:

“Interfere sim, pois normalmente é estendida”.

Policial 15:

“Realizo serviço de segurança privada, para complementação salarial, 12x36h”.

Policial 12:

“Preciso dar uma vida melhor para minha família”.

Policial 13

“Realizo serviço extra o mês todo”.

Tais discursos reafirmam exatamente o escopo da reunião realizada no gabinete da 1ª Promotoria de Justiça de Auditoria Militar, realizada em 10/01/2014 (anexo 03).

Como nossa proposta nortedora é a Teoria de Maslow, buscamos na literatura, para embasamento da análise destes dados, autores que também compartilham dessa ideia. Sallis & Owen, (1999), afirmam que:

“As influências deletérias do trabalho na atualidade referem-se principalmente à diminuição do tempo livre ao lazer e à família, à deterioração do poder econômico, à restrição de acesso a bens e serviços essenciais, à exposição a agentes stressores, e ao sedentarismo”. Sallis & Owen, (1999).

Partindo deste princípio, seria correto afirmar que os policiais militares com jornadas de trabalho excessivas têm menor tempo de lazer, passam menos tempo com suas famílias e estão mais expostos a agentes geradores de estresse, conforme o discurso do policial militar transcrito acima. A qualidade do sono do policial é um importante marcador para a qualidade de vida e desenvolvimento de suas atividades profissionais, já que está incluída nas necessidades fisiológicas, ou seja, na base da pirâmide de Maslow. O trabalho por turnos noturnos fixos, rotativos ou em regime de plantões é comum em diferentes ocupações, e parece ser ainda mais frequente especialmente na área da segurança pública, conforme pode-se verificar nas falas dos entrevistados, que relatam, além da jornada de trabalho acima de 44h semanais, em sua maioria, também a rotatividade de turnos:

Policial 2: “12x24h e 12x48h”.

Policial 1: “12x36h”

Policial 14: “24x48h”

Policial 12: “24x48h”

Policial 13: “24x48h”

BLASCO *et al* (2002) afirmam que o aumento da atuação em turnos noturnos tem provocado o crescimento no número de pessoas com dificul-

dades de sincronia entre os ambientes físicos, sociais e profissionais, o que corrobora SMITH L. *et al* (2005), quando descrevem que a extensão e a natureza da organização da instituição policial relacionadas às alterações de turno provocam diversas implicações à saúde ocupacional nesta população. Quando cruzados os dados obtidos na literatura com os dados coletados através das entrevistas, é possível esperar que os efeitos observados nestas alterações de turno incluam dificuldades para dormir, fadiga, interrupções no sono, alterações no humor, na atenção e no desempenho, pois os profissionais que trabalham em turnos noturnos ou rotativos, como os policiais, acabam sofrendo alterações no ritmo biológico que podem provocar afetações físicas e psicológicas.

### 3) Segurança do Corpo

Observou-se durante as entrevistas, conforme pode ser verificado no quadro abaixo, que pouco mais da metade dos policiais entrevistados declarou confiar nos equipamentos de proteção individual (EPIs) fornecidos pela unidade; porém, quando investigado o nível de confiança nestes mesmos equipamentos de proteção, somente 11% confiam muito nos EPIs.

Declaram confiar no equipamento de proteção individual	
Sim	Não
56%	44%
Nível de confiança declarado	
Muito	11%
Razoavelmente	50%
Pouco	28%
Nada	11%

Ressaltamos que, conforme o roteiro de entrevista disposto no anexo 1, não há a opção de declarar que nada confia no equipamento, porém, 11% dos entrevistados fez questão de deixar registrado por escrito.

Algumas falas podem explicar a discrepância, porém, talvez seja necessário ir mais além ao investigar estes dados:

Policial 2:

“Não há equipamentos para todos e a polícia não se preocupa com isso. Muitas vezes o colete está dentro da validade, mas as placas de fibra estão todas soltas de tanto manuseio, sem condições de utilização, com as fibras descoladas umas das outras”.

Policial 1:

“A quantidade de equipamentos é ínfima para o universo de policiais que nós temos. A utilização desses equipamentos é intensa e ele se deteriora antes do vencimento”.

Policial 5:

“O problema é que esses equipamentos de proteção são compartilhados entre os policiais, não são de uso particular, pegam chuva, umidade, sudorese, e acredito não ter um intervalo necessário pra secagem. Provavelmente isso acarreta na garantia e compromete na finalidade do colete especificamente”.

Ao questionar quais são os equipamentos de proteção fornecidos pela unidade, dos 18 policiais entrevistados, nove (09) citam apenas o colete balístico, seis (06) citam a arma de fogo ou armamento letal, um (01) cita, além destes, capacete e escudo, e dois (02) não responderam. Parece-nos claro que a maioria não sente a influência ou não percebe a arma de fogo como um equipamento de proteção individual, muito menos o escudo ou capacete. Como dito no início deste capítulo, ainda que não se tenha elaborado um instrumento para observação sistematizada, a utilização de áudio durante as entrevistas possibilitou a observação da reação dos entrevistados, principalmente no que se refere à confiança nos EPIs; portanto, consideramos que valer-se simplesmente da prática profissional não é suficiente para que se tenha noção do que é primordial para própria defesa e, por conseguinte, da coletividade. Indo mais adiante nesta questão, este com-

portamento deixa margem para falhas na atuação do profissional e lacunas inexistentes ou não permissíveis caso houve mais investimento em preparo e treinamentos. Segundo MINAYO *et al.* (2007),

Segurança Pública representa a sistematização de normas destinadas a prevenir acidentes, eliminando condições inseguras e prevenindo desastres ocupacionais. Cuidando da segurança coletiva, os policiais são, também, servidores públicos protegidos pela Constituição Federal, que lhes assegura o direito à integridade física e mental no exercício do trabalho. (MINAYO *et al.*, 2007 ).

A observação da reação dos entrevistados, ainda que subjetiva, salta aos olhos quando questionados sobre o fornecimento de EPIs nas folgas, já que, do total de entrevistados, apenas três (03) afirmam receber colete balístico ou arma de fogo nas folgas.

Policial 3:

“Não. Nunca”.

Policial 2:

“Nunca nem ouvi falar nisso! Não é oferecido para todos nem durante o serviço; nas folgas, nem pensar para todo mundo”.

Policial 5:

“Não. Nunca tive esse prazer”

Creemos que o sentimento de insegurança se alimenta das crises concretas do dia a dia, da delinquência e também de ameaças difusas, sejam de natureza econômica, política, social ou mesmo dos comportamentos incivis ou perturbadores. Tal crença confirma o que diz MINAYO *et al.* (2007), quando revela que “o trajeto para casa, as folgas e o lazer são momentos inseguros na concepção de todos. Ao considerarmos a soma dos riscos percebidos, do total de policiais militares, 94,1% se dizem em risco fora do trabalho”.

Durante o percurso da pesquisa, nos deparamos com uma situação que foge completamente à realidade vivida pelos policiais dentro da corpo-

ração: a escala de serviço dos animais da PMERJ; as Normas de Instrução (NIs) para seu cuidado; a M-9; a avaliação que a sociedade faz da atuação dos animais, de acordo com aquilo que os veterinários acreditam; e a ocorrência de acidentes em serviço.

Art 16 – Desenvolver a combatividade, é desenvolver o gosto e mesmo a paixão pela luta e dedicação ao cumprimento da missão recebida. Às vezes ela é natural, alguns nascem combativos; a combatividade adquire várias formas.

§1º - Há combatividades ardentes e calmas, joviais e coléricas, agressivas e tenazes, cegas e refletivas, variáveis e constantes.

Uma grande maioria de indivíduos não é combativa, mas pode tornar-se de uma certa medida por necessidade por contágio, por influência da educação militar, porque o hábito de certo gestos termina por influir na mentalidade.

§2º - Aumentar a combatividade por todos os meios, reforçando ou compensando as qualidades deprimentes, é a missão que se impõe aos instrutores.

Diante disso, partimos para uma breve análise comparativa entre a avaliação que a sociedade faz da atuação dos animais, segundo os veterinários, e o que o policial militar acredita que a sociedade/comunidade avalia sobre sua atuação em serviço, além da análise das escalas e da ocorrência de acidentes de serviço dentro da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. Após o moral, é preciso desenvolver no cavaleiro a iniciativa e o raciocínio. Ter iniciativa é exercer livremente a atividade no quadro da ordem recebida, ou atuar, mesmo na eventualidade de falta de ordem, segundo a vontade do chefe.

As informações que se seguem foram obtidas através de entrevistas com dois médicos veterinários, um do Regimento de Polícia Montada e outro do Batalhão de Ação com Cães. Os policiais foram abordados por meio de entrevista semiestruturada, com questões abertas e fechadas, com a utilização de um roteiro (anexo 4). Suas identidades profissionais tam-

bém foram preservadas, e para tanto não especificamos ou determinamos gênero, idade, religião ou raça.

Ambos os entrevistados relatam carga horária idêntica para os animais:

Veterinário 1:

“Os cavalos de policiamento trabalham 1 dia e folgam dois, sendo a carga horária de trabalho normal de 6h”

Veterinário 2:

“6 horas de serviço e mínimo de 48 horas de folga”

Sobre a avaliação que a sociedade faz da atuação dos animais, de acordo com o que os veterinários acreditam:

Veterinário 1:

“Acredito que de forma positiva; o cavalo é um animal incrível, ao mesmo tempo em que é imponente, consegue ser delicado. A cavalaria é presente e eficiente, e atua quando necessário na manutenção da ordem, mas o cavalo também aproxima a sociedade dos policiais”.

Veterinário 2:

“Acredito que a avaliação seja positiva, o trabalho é bem – divulgado e sempre – bem aceito”.

O único fator semelhante se refere à ocorrência de acidentes de serviço:

Veterinário 1:

“SIM”

“Relacionado a vias públicas mal conservadas, lesão por PAF, atropelamento”.

Veterinário 2:

“SIM” “Os membros são desprotegidos e grande quantidade de material perfurante pelo chão.”

### 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos resultados da literatura adotada, acreditamos ser necessário conhecimento e estudo aprofundado do assunto, haja vista que a produção científica sobre a qualidade de vida de policiais militares ainda é incipiente. Apesar de os artigos apresentarem boa qualidade metodológica, grande parte deles está voltado para a questão do sofrimento psíquico, certamente não menos importante. Porém, não se atentam para os aspectos sociológicos, culturais, de satisfação, cidadania e humanidade, por exemplo. Estes dados demonstram a necessidade de mais estudos sobre este tema, a fim de permitir maior reflexão sobre formas de contribuir para o cenário dessa produção científica.

É preciso atentar também para a grande quantidade de fatores que, quando presentes numa situação de trabalho, se refletem na satisfação e na participação do indivíduo, mobilizando suas energias e elevando seu potencial. Desta forma, pode-se dizer que há fatores intervenientes na qualidade de vida das pessoas quando em situação de trabalho, o que não é diferente com os Policiais Militares. Dependendo de seu competente gerenciamento, eles proporcionarão condições favoráveis, imprescindíveis ao melhor desempenho e produtividade. Se apenas fossemos nos atentar para a Pirâmide de Maslow, e, com base nesta, gerar melhorias das condições de trabalho dos servidores, estes se tornariam mais satisfeitos com seu convívio perante a sociedade e, num efeito em cadeia, o aumento da qualidade de vida elevaria positivamente a produtividade de forma indireta. SILVA (2009) aborda a questão dos Direitos Humanos e Cidadania quando afirma que:

A todo trabalhador brasileiro em geral são impostos deveres e reconhecidos direitos, tais como, dentre outros: jornada máxima de 44 horas semanais, hora extra, repouso semanal remunerado, férias anuais, direito de greve etc.; ao servidor público em geral são também garantidos os mesmos direitos, mas seus deveres vão além, como, por exemplo, a proibição de intermediar interesses, de participar de firmas que contratem com o governo, de manifestar-se publica-

mente sobre assuntos do serviço sem autorização etc.; ao servidor público **policia civil** são impostas restrições maiores, expressas em estatuto e em regulamento disciplinar próprios, tornando-o passível até mesmo de prisão administrativa. No caso do PM, ademais de se somarem todos esses deveres e vedações, paira sobre a sua cabeça, na condição “especial” de **militar**, atribuída a ele pela Constituição, a espada de Dâmocles do regulamento disciplinar e do Código Penal Militar, que o obriga a estar à disposição da Corporação, sem direito de reclamar, durante as 24 horas do dia, os 365 dias do ano, proibido inclusive de executar, mesmo nas horas de folga, alguma atividade para complementar a renda familiar. Hora extra? Repouso semanal? Direito de greve, de sindicato? Nem pensar... Em suma, o PM é submetido a uma espécie de *capitis deminutio maxima* (perda total da cidadania): não desfruta os direitos do trabalhador comum, nem os do servidor público em geral, nem os do policia civil. SILVA (2009)

Creemos que estudos sobre qualidade de vida e, por conseguinte, aumento da qualidade das relações interpessoais e melhoria das condições de saúde permitam que o efetivo policial possa se relacionar melhor entre si, com os seus familiares e com a sociedade.

Acreditamos que há necessidade de superarmos o vazio da ciência social em relação ao setor de segurança pública que excluíram os Policiais Militares da pauta da cidadania e explorar o grande campo de pesquisa existente.

Diferentes variáveis se associam à vivência de risco na corporação Policial Militar, destacando-se especialmente nas condições de trabalho o exercício de atividades sem descanso necessário para o pleno reestabelecimento da atenção e da saúde como um todo, indicando sua importância para se pensar formas de prevenir os riscos vividos.

Podemos inferir que os policiais vivenciam um conflito entre o enfrentamento desejado pela sociedade que pouco ressalta seus atributos e os

sentimentos de medo justificados pelas situações de risco reais a que estão submetidos. É urgente que nos comovamos com as absurdas taxas de morte dos policiais, ressaltando que não existe fatalidade nessa imensa perda de vidas que tanto afeta as famílias e a sociedade como um todo. Evidenciamos que os policiais são as maiores vítimas do desempenho de suas atividades, e diferentes variáveis podem se associar à vivência de risco na corporação, destacando-se as condições de trabalho em especial.

Ainda que Maslow (1943) em seus estudos nunca abordasse a Teoria da Necessidades, ou que um autor contemporâneo como SILVA (2009) discorresse sobre a questão dos Direitos Humanos e Cidadania, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) é clara e incisiva quanto a igualdade de direitos perante a lei, além da proteção contra qualquer discriminação:

Artigo VII - Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.

Artigo XXIII - 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

Concluindo, é notório e cada vez mais urgente em nossa sociedade que policiais militares necessitam de mudanças positivas, como por exemplo, a implementação de POP (Procedimento Operacional Padrão) e Regulamento Disciplinar Militar, integralmente baseados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Para o próprio policial, a ausência de padronização gera insegurança, sensação de ineficácia e insuficiência, além do sacrifício da própria vida, provocando baixa auto-estima individual e ainda baixa legitimidade social. Ele é tratado de forma negativa e isso tudo o distancia da população.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BLASCO ESPINOSA JR, LLOR ESTEBAN B, GARCÍA IZQUIERDO M, SÁEZ NAVARRO MC, SÁNCHEZ ORTUÑO M. Relación entre la calidad del sueño, el burnout y el bienestar psicológico en profesionales de la seguridad ciudadana. MAPFRE MEDICINA, 2002; vol. 13, n.º 4, pag. 258-267.

Disponível em: <http://sid.usal.es/idocs/F8/ART8655/relacion.pdf>. Acesso em 02 de abril de 2017.

BOL da PM nº 06-09 jan 91. Ato do comandante geral. Manual de Polícia Montada. (m-9).

Disponível em: <https://www.pmerj.rj.gov.br/wp-content/uploads/2016/01/Manual-M9.pdf>. Acesso em 23 de agosto de 2017

CASCAES da SILVA, Franciele; SOLEMAN HERNANDEZ, Salma Stéphany; GONÇALVES, Elizandra; da SILVA CASTRO, Thiago Luis; VALDIVIA ARANCIBIA, Beatriz Angelica; da SILVA, Rudney. Qualidade de vida de policiais: uma revisão sistemática de estudos observacionais. Revista Cubana de Medicina Militar; 43(3): 341-351, jul.-set. 2014.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade de São Paulo. USP. Acesso: 15 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declara%C3%A7%C3%A3o-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>

FERNANDES, Ed. Conte. Qualidade de Vida no Trabalho. Salvador: Casa da Qualidade, 1996.

FONSECA, J. J. S. Metodologia da pesquisa científica. Fortaleza: UEC, 2002.

GIL, A. C. Como elaborar projetos de pesquisa. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GIL, A. C. Gestão de pessoas: enfoque nos papéis profissionais. São Paulo: Atlas, 2001.

GILL, T.M.; FEINSTEIN, A.R. A critical appraisal of the quality of quality-of-life measurements. *Journal of the American Medical Association*, Chicago, v.272, n.8, p.619-26, 1994

KANT LIMA, Roberto. Ensaio de Antropologia e de Direito. Estado de Direito e “Cultura Policial”: A Formação Policial em Questão. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LIPP, ME. Stress and quality of life of senior Brazilian police officers. *Span J Phychol.*2009;12(2):593-603.

Disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19899660>. Acesso em: 23/12/2016

Maslow, A. H. A theory of human motivation. *Psychological Review*, p. 370-396, jul. 1943.

\_\_\_\_\_ The Farther reaches of human nature. 3. ed. New York, Viking Press, 1973.

MINAYO, M. C. S. Pesquisa Social: teoria, método e criatividade. 21a edição. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade. 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

MINAYO, MCS et al. Riscos percebidos e vitimização de policiais civis e militares. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 23(11):2767-2779, nov, 2007.

Muniz, Jacqueline. Direitos Humanos na Polícia: Notícias de uma Frustração. Pag 14-15. Rio de Janeiro, 2006.

OMS. Promoción de la salud: glosario. Genebra: OMS, 1998. Disponível em: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67246/1/WHO\\_HPR\\_HEP\\_98.1\\_spa.pdf](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/67246/1/WHO_HPR_HEP_98.1_spa.pdf). Acesso em 30/01/2017

RODRIGUES, Marcus Vinícius Carvalho. Qualidade de vida no trabalho: evolução e análise no nível gerencial. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

SALLIS, J. F., & OWEN, N. (1999). Physical activity and behavioral medicine. Thousands Oaks: Sage Publications.

SANTOS C. A construção social do conceito de identidade profissional. Interacções número 8. pp. 123-144, 2005. Acesso em 30 de janeiro de 2017.

Disponível em: <http://www.interacoes-ismt.com/index.php/revista/article/viewFile/145/149>.

SILVA, Jorge da. Direitos Humanos e Cidadania dos PMs. Disponível em: <http://www.jorgedasilva.com.br/artigo/28/direitos-humanos-e-cidadania-dos-pms/> <emirlarangeira.blogspot.com>, publicado em 30/03/09. Acesso em 02/01/2017.

SMITH L, TANIGAWA T, TAKAHASHI M, MUTOU K, TACHIBANA N, KAGE Y et al. Shiftwork Locus of Control, Situational and Behavioural Effects on Sleepiness and Fatigue in Shiftworkers. Industrial Health 2005; 43:151-170. Acesso em março de 2017.

Disponível em: [https://www.jstage.jst.go.jp/article/indhealth/43/1/43\\_1\\_151/\\_pdf](https://www.jstage.jst.go.jp/article/indhealth/43/1/43_1_151/_pdf)

Surtees PG, Wainwright NW, Khaw KT, et al. Functional health status, chronic.

medical conditions and disorders of mood. *Br J Psychiatry*. 2003;183:299-303. Acesso em 03/01/2017

Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/14519607>

TRIVIÑOS, A. N. S. Introdução à pesquisa em ciências sociais: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

WHOQOL Group (1994). Development of the WHOQOL: Rationale and current status. *International Journal of Mental Health*, 23(3), 24-56.

# INDIGENOUS LAND RIGHTS: THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE CASE OF THE AWAS TINGNI AGAINST NICARAGUA

**Erick Linhares**

Doctorate in International Relations (University of Brasília - UnB), Post Doctorate in Human Rights (*Jus Conimbrigae* – Faculty of Law at the University of Coimbra), and Judge in the State of Roraima/Brazil.

(Recebido: 03/07/2018 Aprovado: 22/08/2018 e 29/08/2018)

**ABSTRACT:** The purpose of this research is to expound the main characteristics of the *Awas Tingni Community v. Nicaragua* case, decided by the Inter-American Court of Human Rights. The main contention of the case was the right of the indigenous community to their ancestral lands. In order to understand the law concept and legal interpretation, and to clarify the rationality behind the decision, this text considers the right to equality in culture; and indigenous land rights as being vital for culture, religion and family development (elements intrinsic to subsistence). The analysis of this judicial decision shows a dialogue between morality and law (Inter-American Convention), with important notions of responsibility. The text also considers that the Theory of Integrity, defended by Ronald Dworkin, is the best model to analyze the case, as it demonstrates the overlapping between justice and morality.

**KEYWORDS:** Inter-American Court of Human Rights. Indigenous Rights. Justice.

**RESUMO:** O objetivo desta pesquisa é expor as principais características do caso *Comunidade Awas Tingni vs Nicarágua*, decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A principal

alegação do caso era o direito da comunidade indígena sobre suas terras ancestrais. Para entender o conceito do direito e sua interpretação legal, e para esclarecer a racionalidade por trás da decisão, este texto considera o direito à igualdade na cultura; e os direitos territoriais indígenas como vitais para a cultura, a religião e o desenvolvimento familiar (elementos intrínsecos à subsistência). A análise dessa decisão judicial mostra um diálogo entre moralidade e lei (Convenção Interamericana), com noções importantes de responsabilidade. O texto também considera que a Teoria da Integridade, defendida por Ronald Dworkin, é o melhor modelo para analisar o caso, pois demonstra a sobreposição entre justiça e moralidade.

PALAVRAS-CHAVE: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direitos Indígenas. Justiça.

## THE INTERNATIONALIZATION OF HUMAN RIGHTS

In the wake of the ratification of The Universal Declaration of Human Rights at the UN in 1948 – and due to the era's capitalist versus communist ideological differences – since that time, human rights have taken on differing forms.

Based on liberal ideas, the United States promoted the Covenant on Civil and Political Rights. Its provisions, considered as the first generation of human rights, were conceived as mechanisms of protection. The undersigned states committed themselves to protecting their citizens against restrictions and violations against the rights that had been established, such as the rights to life, liberty, personal safety, religious liberty, political participation, freedom of expression, amongst others.

The communist States of that time conceived the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. Human rights, in this system, are referred to as second generation and can be characterized as mechanisms of commitment for States to abide by in relation to their citizens. They involve rights to food, housing, health services, water, education, leisure, a just salary and to social security.

Within cultural rights the protection of minors is included, the right to speak one's own language, and to live one's culture as allowed by tradition and access to the Earth. In this context the rights of indigenous people have been developed.

Even though derived from second generation human rights, indigenous human rights were inserted into a wider context because they were neither restricted to collective concerns, nor were they exclusively first generation. They involved the implementation of human rights, even when individual, in accordance with particular cultural norms. They were, for this reason, called third generation human rights, in contrast to the two previous qualifications.

The recognition of these rights has initially come about in international conventions which oblige States to consider, *as one*, national legislation and external instruments. For this reason, international law is coming to have an ever increasing role in affirming human rights. This is notable in the adoption of new norms for protection, and in the creation of external controlling entities.

As a result, there is an increasing tendency to attribute responsibility to the States when it comes to the protection of human rights, or when there is a failure to follow guidelines in conventions and treaties. Hence, the development of international monitoring mechanisms, since the efficiency of the system is principally related to the existence of surveillance bodies to the end of protecting these rights.

In the second half of the twentieth century, in Europe, America and Africa, regional tribunals were created for the protection of man's rights. The first was the European Tribunal of Human Rights (1959) and, following this, the Inter-American (1979) and African (2009) Tribunals. The creators of the Inter-American and African systems of control, to a great extent, used the universal system for the protection of these rights (The United Nations Charter and The Universal Declaration of Human Rights of 1948) and the experience of the European System (The European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950).

Alongside these international instruments, the Inter-American System adopted the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948), and this, one can say, has been a source of inspiration for other instruments destined towards the protection of human rights, especially indigenous rights.

The reception of tribal communities' demands, in the context of human rights, has occurred through the action of their own organizations, ever more conscious of their rights. Even more important has been the assistance of international organs such as the ILO, in its Convention 169 of 1989, and the UN, in its Declaration on Indigenous Peoples, ratified in 2007. Other agreements, such as the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, even though not specifically directed towards native peoples, have had a relevant role in affirming and guaranteeing their rights.

In this scenario, the Inter-American Court contributed significantly to the general theory of international law through its decisions – in their binding to member States – on the protection of human rights, especially those decisions which are contrary to the discrimination and marginalization of indigenous peoples, at the same time in recognition of their right to self-determination, their own territory and to the natural resources which exist there.

In international juridical literature there are few studies related to indigenous peoples in the context of the Inter-American System of Protection for Human Rights. This is rather unjust because the analysis of the experience of the Inter-American judicial institution and its jurisprudence – above all in that which pertains to principles – can be useful to the European and African Tribunals in the protection of minorities.

Accordingly, this article plans to work with the theoretical and practical problems associated with indigenous rights in the jurisprudence of the Inter-American Court through the analysis of the *leading case* of the *Awás Tingni* tribal community vs. Nicaragua<sup>1</sup>. An important precedent, it involves the right to collective property on traditionally occupied lands.

---

<sup>1</sup> Sentence delivered on August 31, 2001.

This article investigates the right of indigenous people to their land according to the jurisprudence of the Inter-American Court, identifying guiding principles; to then scrutinize the sense which was conferred to these principles. Importantly, from a comparative perspective, the influence of the principles of the Inter-American Court's decisions on the Brazilian jurisprudence which treats indigenous rights can be verified.

The theoretical base of this work lies in Dworkian theory<sup>2</sup>, by showing how rationality in courts' decisions is obtained through juridical principles and by presenting a project of constructive interpretation which makes evident the values and reasoning behind the application of law.

As well, for the identification of the core principles in the jurisprudence of the Inter-American Court, the theory of discourse in Habermas<sup>3</sup> played a central role. From there, our intention is to work with the plural interpretation by Peter Häberle<sup>4</sup>.

In the end, the inductive methodology by study of concrete cases was adopted – the typically American *case study* – which brings the analysis of facts to the level of norms in order to explain the re-orientation of indigenous rights under the lens of multiculturalism; and by the recognition of their demands in the International Courts.

## 2. HUMAN RIGHTS AND INDIGENOUS PEOPLES

César Franco, in a study specifically on indigenous peoples and human rights<sup>5</sup>, emphasizes that the latter – the rights of men – arose from

---

2 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Idem. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Idem. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

---

3 HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez**: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

---

4 HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta de intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

---

5 FRANCO, Cezar Augusto de Oliveira. **Direitos indígenas e mobilização: um olhar sobre a tríplice fronteira**

a reductionist conception to protect the value systems of a society or of a State and that they later evolved into a more universal conception (albeit predominantly mono-cultural and Western) which, for many years, made the autochthonous peoples “invisible” under a blanket of civil incapacity, conserving their image as wards of the State.

The author mentioned recalls it is only after the First World War, with the institutionalization of international organs directed towards guarantees of peace and “in spite of the League [of Nations] not possessing specific attributes in relation to proper human rights, being the policy of mandates and from the system of protection of minorities practiced by the League that, incidentally, there was irradiated a supranational guardianship to protect people<sup>6</sup>.”

However, the category of minorities “did not include indigenous peoples, since the relativist measures imposed by the social Darwinism in vogue did not even allow them this *status*. The categorization was only to serve growing international worry with the promotion of international standards for work conditions and well-being which were thought to be reliable for the administration of the most operative agency of the League, the International Labor Organization – ILO.”<sup>7</sup>

That is to say, international rights were to migrate from a relationship between States to insert humans into the system of concepts, and hence came to encompass the ethical framework in the treatment of human rights. In this context, the minorities were incorporated and the idea of the self-determination of peoples was developed.

Franco emphasizes that this “was what made constitutional texts open themselves out to a range of principles bearing an elevated axiological char-

---

– Brasil, Guyana e Venezuela. 2012. Thesis (Doctorate in International Relations and Regional Development) – Inter-Institutional Doctorate Program in International Relations and Regional Development, University of Brasília/UFRR/FLACSO, Brasília, 2012.

---

<sup>6</sup> Idem, p. 23.

---

<sup>7</sup> Idem, p. 24.

ge. Founded on the value of human dignity, they were to grant, gradually, a new lease on life for the circumstances of autochthonous peoples [in the Americas] - populations historically submitted to erroneous policies of contact and assimilation, considering the lack of regard for their possession of rights, yet being worthy of a differentiated governance.<sup>8</sup>”

However, despite this opening towards human rights in all their fragility and inherent need for internal construction, promising to overcome the antagonisms resulting from the excessively individualistic and liberal perspective, the result was the postponement of these rights, especially in those groups most deprived of organization and the fight for justice, as is the case of indigenous peoples.

Only the widening of the concept of human rights and the “ethnification” of the catalogue of constitutional rights gave potential to the indigenous emergence, putting an end to the long period of “invisibility” for these peoples. This made their identities legitimate and their demands more robust, politicizing them internally and externally<sup>9</sup>.

This indigenous mobilization, in the face of exclusion and discrimination, managed to break the parameters of the asymmetric arrangement to which it was subjected. This strengthened ethnic identity and the rights-based agenda, also permitting the development of multicultural and indigenous governance concepts “within a margin of autonomy sufficient for living, expressing and developing in accordance with one’s own way of being<sup>10</sup>”.

In this way “the indigenous movement, beforehand restricted to protest actions and local or regional resistance, came to own space on the agenda of national and international institutions, backed by strong indigenous rights in the recognition and guaranteeing of the preservation of cultural

---

8 Idem, p. 26.

---

9 Idem, p. 112.

---

10 Idem, p. 39.

identity, territories and modes of social organization, differentiated as a special dimension for the international regime of human rights. This framework, added to the constitutional reforms of States, and the inherent maintenance of the coherence of the international system of human rights, came to constitute an important external resource, encouraging political confrontation directed towards the State.<sup>11</sup>

As can be seen, history provides three well defined cycles in the evolution of indigenous rights. The first occurs with the incorporation of indigenous individuals in the context of human rights; however, from an assimilationist point of view, integrating to global society. The second cycle stems from the deepening of the concept of cultural diversity and multiculturalism. The third and final cycle is organized by the idea of juridical pluralism and customary indigenous law.

In this scenario, the Awas Tingni case against Nicaragua which is under study here constitutes an important judicial paradigm, since the indigenous people themselves become protagonists on the international scene in defense of their rights and in the formation of their own citizenship.

### 3. NATIVE LANDS

Indigenous ownership of lands traditionally occupied, even though constitutionally guaranteed by many countries in the Americas<sup>12</sup>, is one of the controversial subjects of contemporary law. It truly creates crossings over juridical-constitutional borders. Strictly speaking, it leads to areas beyond juridical science, perhaps involving anthropological and interdisciplinary questions – sometimes difficult to verify – or limiting (often predatory) economic advantage in certain regions. The interests involved in the process of recognizing and delineating indigenous lands are many, almost

---

<sup>11</sup> *Idem*, p. 122.

<sup>12</sup> Constitutions: Argentina (Art. 75), Bolivia (Art. 289-296), Brazil (Art. 231), Colombia (Arts. 96, 171, 246, 329, 330), Costa Rica (Art. 76), Ecuador (Arts. 56-60), Guiana (art. 142), Mexico (art. 113), Venezuela (arts. 119-126), amongst others.

always characterized by conflict between mining companies, logging industries, farming, environmentalists and traditional populations.

Montanari reminds us that: “history demonstrates a difficult relationship between national states and the rights to land traditionally occupied by indigenous peoples. Frequently, the State misunderstands and fails to recognize, in its respective legislations, the matter of property – beyond the juridical context – in lands occupied by indigenous peoples. A lot of the time these populations are prohibited from inhabiting, hunting, fishing and wandering, even being transferred from one place to another when they are found within territories considered valuable by the capitalist system, such as those which contain natural resources and need to be exploited by the State<sup>13</sup>.”

Hence, the definitions about indigenous earth and its delineation are most complex matters. For this reason, an exemplary case was sought after as a frame of reference for this research, where the Inter-American Court of Human Rights recognized the State’s obligation to demarcate indigenous territory and make internal constitutional norms effective in relation to those peoples and their rights.

The decision at the Court of *San José* included indigenous claims in the context of human rights, turning natives into protagonists of the international context, and opening the doors to opportunity in order to reshape the State’s obligation with reference to those original inhabitants.

#### 4. UNDERSTANDING THE CASE

On the 4th of June 1998, the Inter-American Commission of Human Rights filed a law suit against the State of Nicaragua, since the lands of

---

13 MONTANARI JUNIOR, Isaias. *Demarcação de Terras Indígenas e Cooperação Internacional*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 54-55.

the Awas Tingni indigenous community<sup>14</sup> were not delineated, nor were there adopted effective measures to ensure and make concrete the property rights of this group. The Commission – operating in *jus postulandi* before the judicial authority – furthermore upheld that Managua had conceded permission to deforest in the region, and had authorized roadworks, without consulting the native population<sup>15</sup>.

Subsequent to due instruction the Court decided that Nicaragua, even though challenging the territorial claim by the Awas Tingni community, should recognize traditionally occupied territories and that they should not oppose the declared ownership of these. However, in contrary to this, the country did not regulate any proceeding to materialize this right.

That situation, the sentence follows, created a permanent climate of uncertainty and precariousness for the natives, since they could not know the geographical limits of their lands and, consequently, would have no idea of where they were using and freely enjoying their assets.

The Court, based on Article 1<sup>16</sup> of the American Convention, affirmed that the State is obligated to respect the rights and liberties recognized in the Convention and organize the Public Authorities to guarantee for its people, and under its jurisdiction, the free and full exercise of human rights. Because of this, the Court proceeds, the action or non-action of whichever public authority, independent of its hierarchy, constitutes a fact attributable to the State in the terms of the American Convention and following the rules of international responsibility in law.

---

14 The Awas Tingni Community, formed by more than 600 individuals, is part of the Mayagna or the Sumo ethnic group, located on the Atlantic coast of Nicaragua.

---

15 The Commission affirms that Nicaragua violated the following rights contemplated in the Inter-American Convention: the basic respect of rights (Article 1), making the provisions of internal law effective (Article 2), the right to private property (Article 21) and to effective judicial protection (Article 25), since the country did not move to ensure any juridical remedy (judicial or not) adept at protecting the rights of the aforementioned community.

---

16 Article 1. *Obligation to respect rights*: The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition.

It concludes, in this way, that the defendant State violated Article 21<sup>17</sup> of the American Convention (right of property) - including the right for the members of the indigenous community concerned to use and enjoy belongings - when it did not set out the borders and demarcate their lands; and furthermore, it granted licenses for the exploitation of assets and resources located in the area.

For this very reason it was determined that Nicaragua, in the maximum period of 15 months, should delimit and demarcate the territory destined to the community's ownership; and that in the period that this delimitation, demarcation and concession of titles was not yet in place, it should act in acquiescence or tolerance, abstaining from behavior which would lead agents of the State or any third party to affect the existence, value, use or enjoyment of assets located in the geographical zone where the aforementioned members of the indigenous community live and carry out their activities.

Likewise, with a foothold in Article 2<sup>18</sup> of the Convention, the Court considered that the State should adopt legal, administrative and other measures which may become necessary to create an effective procedure in the demarcation of indigenous areas.

The judgement counted with the participation of Antônio Cançado Trindade (Brazil) as the President; Máximo Pacheco Gómez (Chile) as Vice-president; Hernán Salgado Pesantes (Equador), Judge; Oliver Jackman (Barbados), Judge; Alirio Abreu Burelli (Venezuela), Judge; Sergio García Ramírez (Mexico), Judge; Carlos Vicente de Roux Rengifo (Colombia), Judge, and Alejandro Montiel Argüello (Nicaragua), *ad hoc* Judge<sup>19</sup>.

---

17 Article 21. *Right to Property*: 1. Everyone has the right to the use and enjoyment of his property. The law may subordinate such use and enjoyment to the interest of society. 2. No one shall be deprived of his property except upon payment of just compensation, for reasons of public utility or social interest, and in the cases and according to the forms established by law. 3. Usury and any other form of exploitation of man by man shall be prohibited by law.

---

18 Article 2. *Domestic Legal Effects*: Where the exercise of any of the rights or freedoms referred to in Article 1 is not already ensured by legislative or other provisions, the States Parties undertake to adopt, in accordance with their constitutional processes and the provisions of this Convention, such legislative or other measures as may be necessary to give effect to those rights or freedoms.

---

19 The Statute of the Inter-American Commission on Human Rights, Article 10, on *ad hoc* judges: 1. If a judge is

## 5. LEADING CASE: THE NATURE OF INDIGENOUS PROPERTY RIGHTS

Contemporary law rose hand in hand with the liberal regime, in truth as a legalist-bourgeois theory. The very concept of property – albeit old and tied up with Roman law – was developed along the ideas of liberalism, assuming an individual and formal character, at least in its original characteristics.

Otherwise, property is linked to the emergence of the first human groups where assets belonged to the community in a homogenous way and there was no notion of individuality in one's hold over things. That is to say that property, in its original concept, was communal<sup>20</sup>. However, in flow with the development of societies, property continues to assume increasingly individualized, sectorial and complex characteristics<sup>21</sup> (real estate, author's rights and industrial property) until reaching limits in common interest and in social function. The concept of property, as can be seen, demands a more phenomenological, interdisciplinary and not strictly juridical approach.

As far as indigenous property is concerned, the title holder is not an individual but a group, a tribe or a people. The community's link with the earth does not have economic characteristics, but is spiritual. A lot of the conflicts – involving juridical and material densification of indigenous land rights – flow from the difficulty of understanding this old form of communal property and its interdisciplinary nature, in contrast to the modern characteristic of property rights: marked by being liberal, atomistic and a utilitarian-economic solution, where social destiny is confused with the productive capacity for the market.

---

a national of any of the States Parties to a case submitted to the Court, he shall retain his right to hear that case. 2. If one of the judges called upon to hear a case is a national of one of the States Parties to the case, any other State Party to the case may appoint a person to serve on the Court as an *ad hoc* judge. 3. If among the judges called upon to hear a case, none is a national of the States Parties to the case, each of the latter may appoint an *ad hoc* judge. Should several States have the same interest in the case, they shall be regarded as a single party for purposes of the above provisions. In case of doubt, the Court shall decide.

20 COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Coimbra: Porto, 1987.

21 BERLE, Adolf A. **A Propriedade Privada na Economia Moderna**. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

For this very reason, the Inter American Court, in its judgment, indicated that:

Amongst indigenous peoples there is a communitarian tradition for a communal way of collective ownership of land, in the sense that property is not centered on an individual, but in the group and within the community. Indigenous groups, by the very fact of their existence, have the right to live freely in their own territory. The strong bonds of indigenous peoples with the earth should be recognized and understood as a fundamental base of their cultures, spiritual life, integrity and economic survival. For the indigenous communities, the relationship to the earth is not merely a question of possession and production, but a material and spiritual element which is to be fully enjoyed, bearing in mind the preservation of their cultural legacy and its transmission to future generations.

As can be seen, the sentence acquired a naturalist model for justification<sup>22</sup> and makes it very clear that it is the State's responsibility to ensure and make the right of indigenous peoples effective, likewise for the question of dominion over lands. However, in practice, "due to the reasoning developed by state law", there exists "difficulty in framing the idea of indigenous territory within the individualist limits of property law. For this reason, the modern State found itself obliged to establish norms adept at bringing the complex set of indigenous rights closer to the generic conception of law<sup>23</sup>."

What underlies this right is anchored in the fundamental principle of the juridical system, that which is equality<sup>24</sup>. This is to accept cultural option, the choice of a lifeway – be it indigenous or not – as deserving equal respect from public institutions. It is for the State to recognize differences and to defend the individual's right to live according to their culture.

<sup>22</sup> In opposition to Rawls' political constructivism, exposed in *A Theory of Justice*, and in later works such as *Political Liberalism and The Law of Peoples*.

<sup>23</sup> MONTANARI JUNIOR, Isaias. op. cit., p. 56.

<sup>24</sup> DWORKIN. *The Original Position*, apud DANIELS. *Reading Rawls*, 1989, p. 52.

This equity as a juridical rule became examined in the sentence under study in its two types of content: one negative, prohibiting discrimination, the other having the positive character which demands of the legislator, and the one who applies the norm, the promotion of a regime of equalities.

For this reason, the Court indicated the existence of an antagonism in Nicaragua's juridical ordering, since as long as its Constitution recognizes the indigenous right to culture, land included, these rights are only formal or abstract (juridical equality), meaning: they are not materialized (real equality).

Under these circumstances, the Tribunal concluded that "the State [of Nicaragua] violated the right to use and enjoy property by the members of the Awas Tingni Mayagna, since neither did it delimit nor demarcate communal property, and conceded permission to third parties to utilize property and resources located in an area which could correspond, totally or partially, to lands which must be delimited, demarcated and bearing titles."

In this way, committed to the imperative of equality *ex vi* of Nicaragua's Fundamental Law, the Court recognized for the indigenous peoples the public right to the demarcation of their lands and the recognition of their rights. This means that, having positive or negative constitutional impositions, the State by its organs and agents is linked to the application of, and commitment to, the valid norm.

The main innovation of this sentence, and the reason for which it constitutes a *leading case*, is that in the American Convention on Human Rights<sup>25</sup> there is no apparatus for indigenous rights to land ownership. The Court of San José defined indigenous rights based on Article 21 of the aforementioned Carta, according to which: "Every person has a right to the use and enjoyment of their assets". Strictly individual and liberal in character, this apparatus served as a base to construct a theory of indigenous rights to land.

25 Signed at the Specialized Inter-American Conference on Human Rights, San José, Costa Rica, on the 22nd of November, 1969.

What the Inter-American Tribunal understood was that “indigenous possession presents its own characteristics, those which differentiate it from the usual concept of possession in civil law<sup>26</sup>.” It is not the demarcation which will create traditional ownership or a prevailing *habitat*. It is that ancestral ownership which deserves full juridical protection since it maintains cultural and ethnic identity for the group.

As can be seen, the demarcation procedure has the nature of declaration and is not constitutive by itself, since it only recognizes an active and pre-existing juridical situation, which translates as “a right which is older than any other<sup>27</sup>.” That is to say, the State does not create indigenous land; it merely attests to its existence.

By consequence, “demarcation, thus, is the act of simple recognition of an originary right of indigenous peoples. It is not an act which is constitutive of rights, but an administrative act which declares indigenous occupation and its territorial limits, as well as establishing invalidity for acts and titles referring to its occupation, domination or ownership<sup>28</sup>.”

Accordingly, it is for the State to be responsible for indigenous peoples with a simplified proposal, indicated by the sentence under study, assuring those people the formal recognition of their lands.

## 6. PROGRESSIVE HERMENEUTICS

The exclusively private and individualist dimension of property law, utilized by the American Convention – in Article 21 – is not adept at contemplating the collective and cultural aspects involved in the relationship of the indigenous peoples with the soil and could, upon first reading or in

26 ARAÚJO, Ana Valéria et al. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: O direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

27 STF, Pet 3.388, Rel. Min. Ayres Britto, j. 19.03.2009

28 VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 124.

a literal interpretation, transmit the impression that their right to the lands which they occupy was not contemplated or labelled in an adequate way.

This is a cause for preoccupation because these peoples live in a situation of fragility in the historical context of processes of domination, exploitation and discrimination.

The Awas Tingni case under study was a moment of bending the jurisprudence of the Court with regard to indigenous rights and marked the passage of a more timid and conservative posture to juridical-political activism in the recognition of human rights, under a multicultural perspective.

Effectively, through the progressive or evolutionary interpretation of the Convention, this recognition was adapted to reality and the Inter-American Tribunal upheld jurisprudence to protect those originary peoples. At the same time, it demonstrated its capacity to absorb important aspects of indigenous rights and make them compatible with international and regional norms in the protection of human rights<sup>29</sup>.

Besides, the progressiveness or the evolutionary (adaptive) interpretation is inherent in the idea of the protection of human rights. It would be a *contraditio in terminis* to deny safety to groups at risk, when it comes to consider the argument that there is no specific normativity.

Considering this aspect, the judge Sergio García Ramírez, in the reasoning of his vote, recalled the “*pro homine* rule, inherent in the International Law of Human Rights – frequently invoked by the Court’s jurisprudence – which leads to a greater and better protection of people with a final proposal for preserving dignity, ensuring fundamental rights and stimulating the development of human beings”.

In accordance with this magistrate, the base for establishing evolutionary hermeneutics lies in article 29 of the American Convention, for-

---

29 LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. O Caso Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: demarcação de terras ancestrais indígenas. In: **Justiciabilidade internacional dos direitos humanos: os casos Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua e Lustig-Prean e Beckett contra o Reino Unido**. Recife: Ed. do autor, 2009.

bidding an interpretation which limits the enjoyment or exercise of rights or liberties, and in article 31.1 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which obliges them to be interpreted in good faith.

As can be seen in this sentence, the Court inverted the interpretative logic and made a reading of private rights through the lenses of human rights, giving them a collective conception (until then inconceivable) in the environment of the Convention, before the individualistic logic upon which they were built.

This hermeneutics results from the judge's duty to "decide upon which principle better represents the reading of the flow of decisions to which he must give continuity<sup>30</sup>" (in the current case: if the flow is individual or collective) and these interpretative dimensions must attend as much to formal characteristics (identity, coherence and integrity), as to substantial aspects of the norm in the light of the reality it is heading towards. For this reason, the interpreter should attribute value and purpose to practice in a way to justify his decision in the community's environment, which is ruled by principles.

In the hypothesis under study, the decision of the Court which reformulated the parameters of protection for the indigenous peoples identifies itself with the interpretation which did not limit itself to legal texts; it was oriented by principles. That is to say, a constructive hermeneutics was developed, which "imposed a purpose upon an object or practice, to the end of turning it into the best possible example of the form or genre to which it is taken to belong<sup>31</sup>".

This question over interpretative criteria in *hard cases* is recurring in Dworkin's work, being valid enough for an understanding of the act of decision. His theory is founded in the internal perspective of the judging organ, in criteria of decision justification and not in the identification of the materials upon which the juridical argument was constructed. Contrary to positivism, which upon separating the components of the decision seeks

30 DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 239.

31 DWORKIN, R. **O império do Direito**. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 64.

to distinguish law from moral, Dworkin, in turn, situates principles in a hermeneutic horizon. This would be a “prudential reasoning” founded by values which are mixed with political morality. For this reason, according to him: “the dignity of the judicial decision is not in the creation of law by the judge, but in the possibility of deciding by principles and fundamentals<sup>32</sup>”.

Worthy of note is that the Inter American Court did what Dworkin calls hermeneutics with a view to Justice, since the judges passed through the totality of law in the interpretative criterion of protection for human rights and handed over a constructive interpretation to the Convention<sup>33</sup>.

Besides, Dworkin returns to this theme in *Taking Rights Seriously*: “(...) when jurists reason or debate with regard to rights and juridical obligations, particularly in those difficult cases where our problems with these concepts seem more acute, they resort to patterns which do not function as rules but operate differently, such as principles, policies and other types of patterns.<sup>34</sup>”

This jurisprudential evolution that the *Awat Tingni* case represented for indigenous law gave ontologically just results because it placed these ancestral populations – which are at risk – at the center of the system of Inter-American protection.

Or, as said by Edson Damas da Silveira, this new interpretation contributes “to the construction of another kind of universalization, now more evolved and progressive and that, without harming individual rights, will permit indigenous peoples the possibility of having their own agendas of human rights respected, however limited to the international normative approach granted and respected by the civilization of the West.<sup>35</sup>”

---

32 Idem, p. 273

---

33 DWORKIN, R. Natural Law Revisited. *University of Florida Law Review*, v. 34, n.2, p. 165-188. 1982.

---

34 DWORKIN, R. *Levando os direitos à sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 36.

---

35 SILVEIRA, Edson Damas. Direitos fundamentais indígenas, movimento socioambiental e a formação do Estado na modernidade. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 6, n. 12, p.25-56, jul. – dez. 2009, p. 48.

To sum up, in this case the Court, accepting the incompleteness of the norm – since the Convention does not concern itself with indigenous ownership – admitted that this is not sufficient to guarantee the juridical safety of the natives and, in order to balance the question in dispute, parted towards the conjugation of the criteria of hermeneutics which, in practice, do away with the opposition between *common law* and *civil law*, at the same time revealing an important advance since both of these dimensions are aspects of Western juridical tradition.

## 7. INDIGENOUS REALITY

The relationship with the soil permeates all indigenous culture: beliefs, languages, customs, traditions and religions are hitched to the land where they live. For this reason, the “possession of a tribal territory is an essential condition for the survival of the natives.<sup>36</sup>” This is what underlies the precaution of identifying and demarcating their lands as a premise for the exercise of other rights.

It can be observed that, in the case being analyzed, the Court did not work with the dogmatic concept of indigenous land. This is referred to by the term communal property, defining it as the lands which the natives *currently inhabit*.

In the wake of these words, the identifying elements of indigenous land (and for this reason they must almost always be in consistent) are, in fact, the adverb “currently” and the verb “inhabit”. Advancing in this concept one can define “currently” as a moment of soil occupation, the temporal marker. Where the verb “inhabit” is concerned, as utilized, here and now, with present time, the link to time gives emphasis, removing the outsider’s right to demarcation on lands previously inhabited, as well as on those lands which would, by chance, be occupied in the future.

Accordingly, to inhabit or to occupy “is to develop a relationship with a determined territory in agreement with the uses, customs and traditions of

36 RIBEIRO, Darcy. *A Política Indigenista Brasileira*. Rio de Janeiro. Ministério da Agricultura, 1962, p. 143.

each indigenous people. The indigenous community sees no need to spread dwellings throughout its land, physically occupy, but (...) the earth must be essential for well-being, alongside physical and cultural reproduction. It wants to maintain its existence and amplify the physical and cultural dignity of life through the guarantee of its physical environment, its habitat.<sup>37</sup>

The choice of these terms, even though in an implicit way, points towards the theory adopted in the sentence on the temporal marker of this territorial occupation. Two theories on this subject stand out.

The theory on ancient historical legacy defines that indigenous ownership is undefined by time. So indigenous earth would be that declared by them or recognized as such. The criticism that one can make of this theoretical current is that working with open concepts generates practical difficulties for anthropological enquiry.

Beyond this, it entails unsure legal grounding since the definition of property becomes linked to the subjectivity of the Amerindian group, echoing chains of command which go back to long ago. Besides, it could lead to a battle which demarcates the whole American continent as indigenous soil, since it is well known that they were the original owners.

In this direction of thought, with authority José Afonso da Silva registers the expression “traditionally occupied”, used in Brazilian law for the definition of indigenous lands and which similarly corresponds to the expression used by the Inter-American Court. “It does not signify immemorial occupation. It does not mean immemorially occupied lands, being lands which they have occupied since remote times, which had already become lost from memory and, in this way, only these would be their lands.”<sup>38</sup>

On this subject the Supreme Court of Brazil set out in Pronouncement 650 that the demarcations of indigenous areas “do not extend to lands of extinct villages, although occupied by natives in the remote past.

---

37 *Idem*, p. 16.

---

38 Lands traditionally occupied by natives. SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os Direitos Indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sergio Fabris, 1993. p. 45-50.

In turn, for the theory of indigenous reality – used in the case under analysis – ownership for the purpose of demarcation is conceded in relation to a well-defined temporal measurement. According to the Inter-American Court it is the current conditions which are the instance in which the required demarcation defines the limits of such lands. That is to say, lands no longer occupied by the natives are no longer included in this process of recognition, even though they were previously inhabited.

As can be seen, the constant and persistent indigenous presence is the reality to be verified, tested and demonstrated by statements and anthropological studies so that identification and demarcation can be implemented. But what type of occupation must be protected? That traditional one, according to the *modus vivendi* and the culture one wishes to be preserved, or is it enough that this be implemented by natives?

The organ delivering the sentence does not enter into the definition of these concepts. It merely refers to the protection of communal property. However, to preserve indigenous culture – and the land is an essential part of this – “does not presuppose the creation of ‘living museums’, in other words, the maintenance in forced isolation of these communities in a way to impede their access to the assets and comforts of modern life”. Expressed in other terms, “the Indian does not cease to be an Indian for using jeans, a cell phone or a computer. What characterizes the Indian (...) is belonging to a culturally differentiated group within the environment which surrounds him, not the utilization of loincloths and paint in the place of electronic appliances or mass-produced clothes.”<sup>39</sup>

Where the recognition of occupied territory is spoken of, the Inter-American Tribunal does not establish how the indigenous people should live; on the contrary, the idea which comes through in the sentence, under examination here, is the self-determination and empowerment of these communities as a distinct segment of the society which surrounds them.

---

39 LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio**. Editora JusPodium, 2011, p. 20.

This happens not by how the native presents himself to the external world, which has no influence on the way he is determined. What defines him as an indigenous person is the way he occupies and exploits the soil. The collective and common use of the soil and its resources – what the Court calls communal property – is the characterizing element. The differing trait for the definition of the indigenous person refers to the collective body and not to the individual. In summary, it is enough to be an indigenous group to deserve protection and the degree of integration to non-indigenous culture has no bearing on this.

From this one draws the conclusion that the theory utilized to balance the case was the one for current occupation, since the possession should be verified as fact without the aid of the contingency of immemorial occupation, which presupposes an investigation into ownership which extends through time back to the discovery of the Americas.

There are practical implications for this, being that indigenous lands are those occupied by indigenous people at the beginning of the demarcation process, whether they are sufficient or not. Another consequence is that once their amplification is demarcated, if necessary, this will not result in a new demarcation process – in all of its declaratory nature and legal security – but will result in dispossession with the due indemnities for land, transfers and other benefits.

## **8. DEMARCATION AND RESPONSIBILITY**

The sentence under study makes it clear that the constitutional control of Nicaragua for the demarcation of indigenous lands is domineering. With respect to this, the regime has ignored both appropriateness and opportuneness in the administration of public issues.

Thus, when the State fails to fulfill its constitutional role in the demarcation of these lands, there is a rupture in the juridical order by the state entity. For the cure of this illness, wound up in the mania of implementing rules, there must be a juridical remedy: not for the rule which seems invol-

nerable in its own perfection, but for the undue application of the latter, having the power to enforce acts and personal liability (administrative, civil and criminal) upon the agent who did not respect the Law; or for the State's negligence. Further still, when this negligence is due to the political choice of the State itself – as suggested by the hypothesis being studied – through the responsibility of its own centers of power, the Government itself becomes liable.

In the case under analysis, the Court, acting within a system of limits, fixed the licit and illicit fields, giving values to attributes of social interests in the Inter-American Convention on Human Rights and the Constitution of Nicaragua itself. It is true, however, that the decision went beyond the traditional responsibility of the State by the commissive act of penetrating the concept of responsibility for inaction or negligence; to abstain from the act of demarcation of indigenous territory, in spite of the constitutional obligation to do this. There was also a consideration of the implicit damage in the negligence itself. And this wound, extracted from the sentence, is not only factual but above all juridical.

Another relevant question treated by the Court alludes to what could be a reasonable timeframe to conclude the process of demarcation. This definition involves the principles of reasonableness and legal certainty as well as the right to a rapid process. Take the following excerpt from the sentence:

As has already been observed, Nicaragua did not take the internal legal steps necessary to permit the delimitation, demarcation and granting of land to the indigenous communities, and did not indicate a reasonable term<sup>40</sup> [for the matter to be resolved]

It can be concluded, by the quote transcribed above, that reasonableness was fixed as a right that the indigenous community possesses in order

40 In the original: *Como ya fue señalado, en este caso Nicaragua no ha adoptado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan la delimitación, demarcación y la titulación de las tierras de comunidades indígenas y no se ciñó a un plazo razonable (...).*

to see its claim appreciated according to the law in force and within fixed deadlines, or in the absence of these, within a reasonable time lapse.

The concept of “reasonable time”, managed by the Court, or the definition of what is a “slow process” is difficult to conceive when a previously defined time scheme does not exist, as in the case under study. It requires a reflection between the pace and the justice of the decision. “The very employment of the term *reasonable* demands more than a simple subjective assessment on the behavior of the Judicial Power or of the Public Administration in the management of the process. As such behavior also attends to a constitutionally supervised interest – that of the correct administration of Justice – and since the term reasonable does not entail a way of acting within specific parameters, it is for the judge who rules indemnity to ponder both interests to the end of determining the relation of valid prevalence in the concrete case<sup>41</sup>.

The Inter-American Court did not enter into the combination of these principles to characterize what would be a reasonable deadline, but by what the sentence indicates it presupposes the existence of clear procedural norms with defined phases, alongside a previously determined time scheme to conclude demarcation. It is worth pointing out that reasonableness translates into the existence of a demarcation rite within internal law, and the conclusion of this process in the swiftest possible way, to avoid unnecessary delays which harm the interests of all those involved, especially of the natives who represent the weaker side of the deal.

That is to say, in view of the aggrieved party’s inheritance (ethnic guardianship), the sentence under analysis was to understand that swiftness was sacrificed under a carriage of justice which was lacking in effectiveness. “One identifies in this [comprehension of damage as a general clause for the selection of merits for guardianship in

41 SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 180-181.

the concrete case] a significant closeness between civil responsibility [from the Roman-Germanic system] and the *torts* of the Anglo-Saxon experience, with an amplification of the sphere for assessment in judicial courts, continuing to be impressive in *civil law* systems, where the legislator has always maintained primacy.”<sup>42</sup>

This shift in paradigm, originating in the option made by the Inter-American Tribunal, in favor of judicial discretion, is “especially relevant in the matter of objective responsibility, where the discussions centered themselves exclusively on the causal relationship between harmful activity and damage” and “in practice opens out into a new space of judicial discretion which permits the magistrate to select, by way of examination of the damage, concretely protected interests, substituting traditionally applied reason for an effective reflection upon conflicting interests<sup>43</sup>.”

As perceivable in the sentence under analysis, the blame has been increasingly directed, the causal nexus dissipated or bent and the judgment on responsibility depends less on causality and more on damage. And this has been measured in abstract, generating “the evident consequence of a greater degree of acceptability in compensation claims, for the simple reason that easing the requirements for reparation necessarily results in their amplification.”<sup>44</sup>

In other words, the focus of responsibility migrates from repression to harmful conduct in terms of reparation of damages. And even though there is no explicit mention made of the fact in the course followed up to the judgment - resolving reparation without pinpointing the damage suffered by the natives - the Court came nearer to the English system, contemplating the indemnities without the existence of effective harm, as a mere consecration of the illicit act (the delay in concluding the demarcation).

---

42 *Idem*, p. 187.

---

43 *Idem*, p. 187.

---

44 *Idem*, p. 82-83.

In any case, the tribunal has opted for the criteria of Anglo-American *torts* to define responsibility. In the *civil law* system, this delay by the State in stabilizing the conflict in rights gives rise to compensation, since the concept of a flawed or erring public service comes into the picture. Following this, when distanced from subjective theory, the negligence can be considered the cause of the harmful event and not as its condition, which would make the analysis of the subjective element unnecessary (malice or blame in their varied forms).

Thus negligence of responsibility, as to the demarcation of indigenous lands, is objective. The illicitness is derived from the very inaction of the State in its individualized duty to act. Simply the existence of injury generates the obligation of indemnities by the Public Authority. This situation is aggravated in the case under analysis, since a concession for woodcutting was made in the area under dispute, depriving the natives of the use and enjoyment of their lands.

In the end, what is registered is the advanced vision of the Inter-American magistrates in the establishment of new paradigms for the assessment of civil responsibility, being capable of molding a *constructive jurisprudence* as an antidote which is effective against the leniency of States in recognizing and making indigenous rights effective. In summary, the importance of the decision in the *Awas Tingni* case is not just in its newness; it comes from the boldness, idealism and conscientiousness of a Court with its own heading.

## 9. EFFECTIVENESS

The effectiveness of the decisions made by the Inter-American Court of Human Rights is an inordinately complex subject. It undergoes the integration between internal and external law, passing through the great opening from the national juridical order to regional and international concerns.

This is where a dialogue to overcome obstacles and antinomies is relevant, since “today the Constitutional State and International Law are

transformed together. Constitutional Law does not begin where International Law ends. The opposite is also valid, since International Law does not end where Constitutional Law begins.<sup>45</sup>

This interaction is also important to overcome lack of confidence over internal policies resulting from the erosion of the absolute concept of State sovereignty and submission to an external nucleus of power. In the past the institutionalization of human rights, in the guise of an international concern, was an activity reserved for larger States – an instrument for ideology, domination and imposition of their own interests and agendas.

The symbiosis between internal law and international norms has produced doctrines which seek to understand this process of interaction and, in this way, overcome its antinomies. Highlighted here is the inter-constitutionalism of Canotilho<sup>46</sup>, treating the matter through the lens of multi-leveled constitutionalism and through the transnational character of fundamental rights (interjusfundamentalidade), based on the experience of the European Tribunal of Human Rights. In turn, Marcelo Neves studies the problem in the light of transconstitutionalism<sup>47</sup>, by which he searches for rationality for the problem of variations derived from the application of fundamental rights amongst diverse peoples. Zagrebelski<sup>48</sup>, for his part, speaks of the adaptable constitution to try to explain the decentralization of the state and reflect upon its juridical pluralismo.

Häberle, not intending to place internal law on an inferior level, elaborates his theory based on common communitarian law and the principles which result from it, with a consideration which gravitates around the concept of pluralism founded in the guarantee and protection of liberties which increasingly comes to be the regulatory axis of the system.

---

45 HÄBERLE, Peter. **Estado constitucional cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 11-12.

46 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

47 NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo. Martins Fontes.2009

48 ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

For this reason, according to him, the opening of the internal constitutional text to diverse aspects of fundamental rights, including those taken out of International and Regional Charters of human rights, is a sign of integration with the international community, what he calls the Cooperative Constitutional State.

All of these theories work with the concept of strengthening community law in the protection of human rights, becoming effective in the circles of Regional or International Courts.

The clear lesson on this process of fragmentation of internal law and the consolidation of transnational communities and, by consequence, international tribunals, comes from Jorge Miranda: “it is not only individuals (or private individuals) who are subjected to juridical norms. It is equally the State and the rest of the institutions that exercise public authority who owe their obedience to the Law (including the Law they create).<sup>49</sup>”

Even though the path to abiding by these decisions shows itself to be sinuous, history has demonstrated that it is possible to travel along this road. Increasingly, the national State has accepted its connectedness to the condemnations and the shortfall in action tends to diminish with the recognition that where human rights are concerned, the final word for the Inter-American System is interpreted at *San José* Court.

However, practice has continued to exhibit a difference between accepting the competence of the international organ and executing its decisions *pro homine*. It is perceived that observance depends on the type of condemnation.

In effect, the analysis of the reprimands decided upon by the Inter-American Court point towards five categories of condemnation and each one has presented a different dimension of access and concretization of Justice to the concrete case. One can verify:

1. condemnation to the payment of indemnities for patrimonial and extra-patrimonial damages;

49 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1.

2. condemnation to recognize, by public act, responsibility;
3. condemnation to hold responsible, judge and punish those responsible for the violation of human rights;
4. condemnation in obligation to do, not to do, or give something;
5. condemnation to alter internal legislation in order for it to be adequate for the international parameters of human rights.

Each one of these categories demands the effectiveness, speediness and rationality of the process, as much in the phase of knowledge as in the stage of execution or compliance. And this is where the root of the problems lies, since access to Justice is directly proportional to compliance with the reprimand.

The hypothesis under study supplies us with a prime example. Between the case's inclusion within the Inter-American Commission in 1995, through to the Court's decision (2001), and until effective compliance with the regulations in 2009 – with the demarcation of *Awas Tingni* indigenous lands – fourteen years passed by. In the same period the defendant community – in a strange paradox – found itself vying for the effectiveness of their rights with the State which was violating them.

On this subject the European Court of Human Rights, referring to precedents relevant to the case, has pointed out that the extrapolation of the reasonable timespan for the duration of a process violates democracy itself<sup>50</sup> and the idea of good administration, since it compromises the credibility and effectiveness of Justice<sup>51</sup>.

This line of reasoning, added to the reparation of moral and patrimonial damages not only by the infringing country, but also by the very agent who has caused the delay, can help to do away with the state of perplexity and doubtfulness resulting from the leniency in compliance with the judicial order.

---

<sup>50</sup> *Delcourt Case*, 17/01/1970.

<sup>51</sup> *Boddaert Cases*, 12/10/1992, and *Moreira de Azevedo*, 23/10/1990.

## 10. CONCLUSIONS

1. The case of the Awas Tingni indigenous community against Nicaragua is an important *leading case* for the Inter-American Court of Human Rights. It represented a *tipping point*, a maneuver by jurisprudence on indigenous rights, and marked the passage of a more timid and conservative posture to juridical-political activism in the recognition of human rights under a multicultural perspective.

2. This jurisprudential evolution constructed a theory of indigenous law for the Earth and unleashed an ontologically just reprieve from the heart of the Inter-American System of human rights protection: these ancestral populations had lived through a fragile situation, historically submitted to processes of domination, exploitation and discrimination.

3. In the American Convention on Human Rights there is no mechanism for indigenous law with respect to land ownership. The Court, upon accepting the incompleteness of the norm, admitted that this was insufficient to guarantee the juridical safety of the natives and parted towards the combination of hermeneutic criteria which, in practice, did away with the opposition between *common law* and *civil law*, this being an important advance, since both of them have served juridical Western tradition.

4. The Inter-American Court valued hermeneutics with a view to Justice. The judges passed through the totality of law through the interpretation of the protection of human rights and handed in a constructive interpretation to the Convention.

5. Native ownership on lands which they traditionally occupy is quite a story of a subject in contemporary law, which crosses over juridical-constitutional limits, be it for involving anthropological and interdisciplinary questions, be it for limiting economic advantage – normally the predatory kind – in certain regions. The interests involved in the process of recognition and demarcation of indigenous lands are multiple, almost always characterized by the conflict between miners, logging companies, rural production, environmentalists and traditional populations.

6. The indigenous link to the earth does not have an economic character, but is spiritual and cultural. The title holder is not an individual but a group, a tribe or a people. This exists in contrast to the modern characteristic of property law: markedly liberal, atomistic and of utilitarian-economic usefulness, in which social destiny is confused with productive capacity for the market.

7. The relationship with the soil permeates all indigenous culture: beliefs, languages, customs, traditions and religions are linked to the earth where they live. The identification and demarcation of their lands is a premise for the exercise of all other rights.

8. It is not the demarcation which will create a traditional ownership or a remaining *habitat*. This only delimits indigenous land, fixing its limits. It is this ancestral possession which deserves full juridical protection since it maintains the cultural and ethnic identity of the group. In other words, the State does not create indigenous land but only attests to its existence.

9. Under these circumstances, when the State no longer fulfills its constitutional role in demarcating these lands there is a rupture in the juridical order. For the cure of this illness, which comes from the wrong way of implementing norms, there must be a juridical remedy to oversee the objective responsibility of the government or, when this negligence represents the policies of the State itself, through the responsibility of its own centers of power.

10. In other words, the focus of responsibility migrates from repression to harmful conduct in order to make amends. The Court, in the *Awas Tingi* case, came close to the *torts* of the English system upon contemplating indemnities without there being effective harm, as an organ which merely consecrates the illicit act (the delay in concluding demarcation).

11. The path for the compliance with these decisions by external entities, albeit a winding path, has shown itself to be worthwhile in this case. Increasingly the State has accepted its connectedness to the condemnations, and the delay in applying the law tends to diminish, with the recog-

dition that, in terms of human rights in the Inter-American System, it is the Court of *San José* that has the last word.

## BIBLIOGRAPHY

ARAÚJO, Ana Valéria *et alli*. **Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”**: n. - Brasília: Ministério da Educação, Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade; LACED/Museu Nacional, 2006.

BERLE, Adolf A. **A Propriedade Privada na Economia Moderna**. Rio de Janeiro: Ipanema, 1957.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Branços e Interconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2006.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. Coimbra: Porto, 1987.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni Vs. Nicarágua**. Mérito, Reparação e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. (Série C, n. 79).

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Título original: *Taking rights seriously*.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Título original: *Law's empire*.

\_\_\_\_\_. **The Original Position**. In: DANIELS. *Reading Rawls*, 1989.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Título original: *A matter of principle*.

\_\_\_\_\_. Natural Law Revisited. **University of Florida Law Review**, v. 34, n. 2, p. 165-188, 1982.

FRANCO, Cezar Augusto de Oliveira. **Direitos indígenas e mobilização: um olhar sobre a tríplice fronteira – Brasil, Guyana e Venezuela.** 2012. XII, 188 f., il. Tese (Doutorado em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional) - Programa de Doutorado Interinstitucional em Relações Internacionais e Desenvolvimento Regional, Universidade de Brasília/UFRR/FLACSO, Brasília, 2012.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A demarcação de terras indígenas e seu fundamento constitucional. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 3, p. 688-702, 2004.

ENGELS, Friederich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado.** São Paulo: Alfa-Ômega, 1984.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional, a sociedade aberta de intérpretes da Constituição:** contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1997.

\_\_\_\_\_. **Estado constitucional cooperativo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Facticidad y Validez:** sobre el derecho y el estado democratico de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **Estatuto do Índio.** Editora JusPodium, 2011.

LIMA JÚNIOR, Jaime Benvenuto. **O Caso Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos:** demarcação de terras ancestrais indígenas. Recife: Ed. do autor, 2009.

MELO, Mario. Últimos avanços na justiciabilidade dos direitos indígenas no sistema interamericano de direitos Humanos. **Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, v. 3. n. 4, jun. 2002. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100003&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1806-64452006000100003&script=sci_arttext)>. Acesso em: 23 jul. 2012.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MONTANARI JUNIOR, Isaias. **Demarcação de Terras Indígenas e Co-operação Internacional**. Curitiba. Juruá, 2013

PROCÓPIO, Argemiro. **Subdesenvolvimento sustentável**. 5.<sup>a</sup> ed. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, Darcy. **A Política Indigenista Brasileira**. Rio de Janeiro. Ministério da Agricultura, 1962.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Direitos fundamentais indígenas, movimento socioambiental e a formação do Estado na modernidade**. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, . 6, n. 12, p. 25-56, jul.-dez. 2009.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. 2.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2009.

STEFANINI, Luiz de Lima. **Código Indígena no Direito Brasileiro**. 2.<sup>a</sup> ed. Juruá, 2012.

TRINDADE. Antonio Augusto Cançado. **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San Jose da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.

VILLARES, Luiz Fernando. **Direitos e povos indígenas**. Curitiba: Juruá, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho ductil: ley, derechos y justicia**. Madrid: Trotta, 1995.

# FORMAÇÃO JURÍDICA E HISTÓRIA DAS FACULDADES DE DIREITO EM PORTUGAL E NO BRASIL

## Gizlene Neder

Professora Titular de História da Universidade Federal Fluminense. Pesquisadora do CNPq e Cientista do Nosso Estado (FAPERJ). Editora de *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica* - <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens>.

## Gisálio Cerqueira Filho

Professor Titular de Teoria Política da Universidade Federal Fluminense. Pesquisador Senior do Laboratório Cidade e Poder/UFF. Editor de *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica* - <http://www.revistapassagens.uff.br/index.php/Passagens>.

(Recebido: 03/07/2018 Aprovado: 23/08/2018 e 27/08/2018)

RESUMO: Num primeiro momento, o artigo aborda o ensino jurídico em Portugal, que influenciou sobremaneira a formação jurídica no Brasil desde a criação das Faculdades de Direito em Olinda (posteriormente transferida para Recife) e em São Paulo no ano de 1827. Neste artigo, procuramos aprofundar os estudos sobre a extensão da influência da Universidade de Coimbra (e de sua reforma em fins do século XVIII) na formação jurídica brasileira. Levamos em conta, de um lado, aqueles juristas ainda formados na metrópole - a chamada "geração de 1790" - e que administraram o Estado Imperial brasileiro pós-emancipação política (1822); de outro lado, tomamos as apropriações culturais de Coimbra através do processo de organização dos cursos jurídicos no Brasil. Apontamos algumas possibilidades interpretativas acerca das permanências culturais que atravessaram

o Atlântico (de Portugal para o Brasil) e deitaram raízes profundas na cultura jurídica brasileira. Num segundo momento, aborda o pioneirismo do jurista e magistrado Desembargador Prof. Felipe Augusto de Miranda Rosa (01/12/1920 – 12/03/2009) no que se refere à Sociologia do Direito e ao paradigma interdisciplinar nos estudos sobre direito e sociedade.

**PALAVRAS-CHAVES:** formação jurídica; faculdades de direito; Coimbra; Recife; São Paulo; Felipe Augusto de Miranda Rosa, sociologia do direito, paradigma interdisciplinar.

#### LEGAL EDUCATION AND HISTORY OF SCHOOLS OF LAW IN PORTUGAL AND BRAZIL

**ABSTRACT:** In the first moment, this issue focuses the legal education in Portugal and its influence in the legal education in Brazil since the creation of Schools of Law in Olinda (later transferred to Recife) and São Paulo, in 1827. In this article we seek to deepen studies on the extent on legal culture of the University of Coimbra (and its reform in the late eighteenth century) in the Brazilian legal education. We take into account, on the one hand, those jurists also formed in the metropolis - the so-called “generation of 1790” - and who administered the Brazilian Imperial State post-emancipation from Portugal (1822). On the other hand, we take the legal culture of Coimbra through the process of organizing the legal courses in Brazil. We will point out some possible interpretations about cultural continuities that crossed the Atlantic (from Portugal to Brazil) and laid deep roots in Brazilian legal culture. In a second moment, the issue approaches the vanguard of the jurist and magistrate Professor Felipe Augusto de Miranda Rosa (01/12/1920 - 12/03/2009) regarding the sociology of law and the interdisciplinary paradigm in studies on Law and Society.

**KEYWORDS:** legal education; Law schools; Coimbra; Recife; São Paulo; Felipe Augusto de Miranda Rosa; sociology of law; interdisciplinary paradigm.

## 1. A REFORMA DO ENSINO JURÍDICO EM PORTUGAL

Para o que nos interessa, a História do Direito em Portugal, nos marcos de um enfoque histórico-jurídico, situa-se na segunda metade do século XVIII, a partir da reforma pombalina no ensino jurídico, em 1772. Até aquele momento, predominava o Direito Romano-Canônico. O pensamento jurídico português durante o Renascimento, no século XVI, ao tempo da criação da Universidade de Coimbra, expressava reflexões dirigidas muito mais no sentido do Direito Romano e Canônico. As questões levantadas a partir da Ilustração, relacionadas ao Estado e sua reforma, bem como à nacionalidade, só se apresentaram em fins do século XVIII. A preocupação com a “história do direito em Portugal” foi ensejada pela reforma pombalina no ensino jurídico, que incluía no currículo não somente a *História do Direito Pátrio*, mas exigia também a organização de compêndios, que, com a prévia aprovação régia, seriam adotados na universidade.

No século XVI, o racionalismo cristão produziu efeitos na formação dos juristas. A trajetória de um António de Gouveia, humanista do século XVI, Mestre em Artes pela Universidade de Paris, docente de Humanidades no Colégio da Guiena, em Bordéus, poeta clássico e comentador de Terêncio e de Virgílio, implicava o campo intelectual português no Humanismo europeu. Filósofo de inspiração aristotélica, António de Gouveia foi considerado no seu tempo um dos mestres da escola do direito histórico, que teria influenciado pelo seu ensino a escola jurídica francesa, que teve em Jacob Cujácio (nascido em 1522, em Toulouse) seu fundador<sup>1</sup>. Quando se fala do direito histórico na época do Renascimento, costuma-se invocar o nome de Cujácio como um dos mais importantes jurisconsultos dessa escola.

A marca da reflexão de Gouveia situa-se na luta contra o chamado direito dos glosadores ou “bartolistas”, numa alusão à demanda frequente de

---

<sup>1</sup> Sobre do Humanismo no Direito português, Cf. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. (1964) *Humanismo e Direito em Portugal no Século XVI*, Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda. Ver também de SERRÃO, Joaquim Veríssimo (1993). *Figuras e Caminhos do Renascimento em Portugal*, Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda.

pareceres jurídicos ao jurisconsulto italiano Bartholo. Em Portugal, o chanceler João das Regras expressou a orientação bartolista<sup>2</sup>. Os humanistas são apropriados pelo campo jurídico, negando o estéril comentário a textos glosados, e remetendo ao recurso permanente às fontes históricas e à sua interpretação. Gouveia preparou, em 1542, um curso sobre as “*Conclusões de Aristóteles*”, publicado em 1543 com o título de “*De Conclusionibus*”. Para ele, o emprego da lógica era fundamental para a formação de um jurista, e enfatizava a necessidade de fundar os modos de raciocínio em exemplos tirados do direito civil, para demonstrar que o pensamento jurídico se devia fundar no conhecimento da lógica aristotélica, no domínio das regras práticas que conduzissem o futuro advogado aos seus objetivos, que eram provar e persuadir. Impunha-se sustentar a “Lógica” de Aristóteles para os juristas conhecerem as regras da verdade e poderem impor as normas de um direito que não se confundisse com o erro.

A produção do campo jurídico em Portugal a partir da reforma pombalina é bem distinta da produção do pensamento jurídico humanista. Embora os reformadores tivessem sido acusados de “estrangeirados”, paradoxalmente, a *História do Direito Pátrio*, introduzida no currículo das Faculdades de Direito, aponta para a produção social de um recorte “nacional”, condizente com o projeto da ilustração portuguesa nesta virada do século XVIII para o XIX. Antes disso, a maior parte dos juristas portugueses ignorava a existência das próprias *Ordenações Afonsinas*<sup>3</sup>, segundo o historiador do Direito Paulo Merêa<sup>4</sup>.

2 Sobre o chanceler João das Regras, Cf. GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. (1960). “João das Regras e outros juristas portugueses da Universidade de Bolonha (1378-1421)”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. VII, Lisboa. Ver também do mesmo autor: GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. (1985). “Sobre o Apelido do Doutor João das Regras”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, No. 349, Lisboa; e GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. (1960). “Bartolo na História do Direito Português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XII, Lisboa.

3 GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. (1985) *História do Direito Português, Fontes de Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

4 MERÊA, Paulo Merêa (1923). *Estudos de História do Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra.

O desenvolvimento dos estudos histórico-jurídicos em Portugal ganha fôlego com a corrente iluminista, que tem uma espécie de prólogo na obra de Luís António Verney. Neste ponto, dois fatos devem ser destacados. Primeiramente, a lei de 18 de agosto de 1769, chamada Lei da Boa Razão; em segundo lugar, destaque deve ser dado à reforma dos Estatutos da Faculdade de Direito de Coimbra (1772).

A Lei da Boa Razão marca a ruptura que introduz em Portugal as preocupações com o racionalismo. No “Século das Luzes”, essa lei mantém a vontade do monarca, tal qual assentado nas Ordenações Filipinas, que indicam a vontade do rei (da vontade do rei se deduzia diretamente a lei, e, em certa medida, o estilo da corte e o costume), mas pretende-se substituir o “*ultrumque ius*” - também assentado nas Ordenações (considerando aí incorporadas as “opiniões de Acúrsio e Bártholo e a “*communis opinio*”), ou seja, refugaram-se as Leis Romanas que “*em boa razão não forem fundadas*”. Rei e Razão, este o espírito da Lei de 1769, que foi apelidada como “Lei da Boa Razão”, pela frequente recorrência à *boa razão*, inscrita em seu texto.

As fontes do direito português passam, a partir de então, a serem consultadas uma vez que o recurso aos pareceres dos glosadores não é mais invocado, e tomam-se medidas relativas ao estilo da corte e ao costume. Quanto ao estilo da corte, determina-se que o estilo só seria válido desde que tivesse sido aprovado pelo *Assento da Casa da Suplicação*; e, quanto ao costume, estabelece-se que ele só seria fonte de direito, desde que concorressem três requisitos: “*ser conforme à boa razão, não ser ‘contra legem’ e ter mais de cem anos*”. Como pode ser observado, estabelecia-se, de um modo geral, que o direito romano só deveria ser utilizado quando em conformidade com a *boa razão*; esta estaria, portanto, passível de contraposição ao direito romano e ao direito canônico.

Em relação ao direito canônico, a reforma iluminista vai tecer considerações restritivas. A Lei de 1769 aponta o “*erro manifesto*” de se supor

---

5 Lei da Boa Razão, § 14, *Ordenações Filipinas*, Livro III, Fundação Calouste Gulbenkian, edição organizada por Cândido Mendes de Almeida-1870/Rio de Janeiro, Lisboa, 1985.

que no foro temporal se pode conhecer sobre os pecados e estabelece que o direito canônico seria proscrito do foro temporal. Constrangia-se, assim, a ingerência do direito canônico na história do Direito em Portugal. Em 1211, o direito canônico sobrepunha-se ao próprio direito régio. A partir de 1769, o direito canônico deixa de ter qualquer valor como direito, mesmo como fonte subsidiária. Nessa mesma orientação imprimida pela Lei da Boa Razão, deixam de ser consultadas a “*Glosa de Acúrsio*” e a “*Bartholo Opinio*”, aliás, já combatidas pelos humanistas do século XVI.

A reforma dos *Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772) e a fundação da *Academia Real de Ciências*, em Lisboa (1774) marcam as mudanças nas estratégias intervencionistas da política pombalina para o ensino jurídico. Nos *Estatutos*, como dissemos, institui-se ensinar, pela primeira vez, a história do direito português, devendo o professor iniciar (...)

“pela História das Leis, Usos e Costumes legítimos da Nação Portuguesa: Passando depois à História da Jurisprudência Theoretica, ou da Sciencia das Leis de Portugal: E concluindo com a História da Jurisprudência Prática, ou do Exercício das Leis: e do modo de obrar e expedir as causas, e negócios nos Auditórios, Relações, e tribunais destes Reinos”<sup>6</sup>.

Mais ainda, a viabilidade desse propósito indicava que o professor da cadeira redigisse um compêndio de história do direito português.

“E porque entre os muitos Systemas, Compêndios e Sumas da História do Direito Romano, não há algum, que seja acomodado para o uso das Lições desta Cadeira; não só por não haver algum, em que se ache escrita a História do Direito Português; mas também porque igualmente não há algum, que compreenda todos os três objectos próprios, e inseparáveis da dita História (...) Será o Professor obrigado a formar um Compêndio Elementar da dita História do Direito, i.e.

<sup>6</sup> *Estatutos da Universidade de Coimbra*, livro II, tí, III, cap. IX, números 1-2, 156-7.

de todas as suas partes, próprio e acomodado para as Lições annuaes desta Cadeira”<sup>7</sup>.

Em 1770, foi criada uma comissão, denominada *Junta de Providência Literária*, com o objetivo de estudar as deficiências do ensino universitário e de sugerir as reformas julgadas necessárias. Em 1771, foi redigido um relatório (intitulado *Compêndio Histórico do Estado da Universidade de Coimbra ao tempo da invasão dos denominados Jesuítas*), em que foram imputadas aos jesuítas todas as mazelas da decadência da Universidade de Coimbra, e no qual foram apontadas as saídas e os caminhos necessários à sua restauração. Em 1772, saíram os novos *Estatutos da Universidade de Coimbra*, conhecidos como “pombalinos”.

O primeiro compêndio escrito para fins do ensino de História do Direito em Portugal é de Paschoal José de Melo Freire, “*Historia Juris Civilis Lusitani*”, finalizado em 1777 e publicado pela Academia Real de Ciências em 1778, e, por fim, aprovado para o ensino em 1805(!)<sup>8</sup>. Encontramos dois exemplares dos sete volumes *Insitutione Juris Lusitanae* de Paschoal José de Melo Freire, usado como roteiro na cadeira de “História do Direito Pátrio”, na Biblioteca do IAB (Instituto dos Advogados do Brasil), no Rio de Janeiro. Trabalhamos com o exemplar de 1853.

Fundado em 1843, o Instituto tem no seu acervo algumas obras originais da Universidade de Coimbra, trazidas, provavelmente, na bagagem dos juristas brasileiros que tiveram a formação coimbrã ou que a ela estiveram ainda ligados ideologicamente, mesmo após a emancipação política, como o seu primeiro presidente, o Conselheiro Francisco Gê Acaiaba de Montezuma, graduado em Coimbra no ano de 1821<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> *Estatutos da Universidade de Coimbra*, livro II, tit. III, cap. IX, número 14, 166.

<sup>8</sup> FREIRE, Pascoal José Melo Freire (1778). *Historia Juris Lusitani*, Academia Real de Ciências. Trabalhamos com o texto traduzido por Miguel Pinto de Meneses: FREIRE, Pascoal José Melo Freire (1968). *História do Direito Civil Português*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, Nos. 173, 174 e 175, Lisboa.

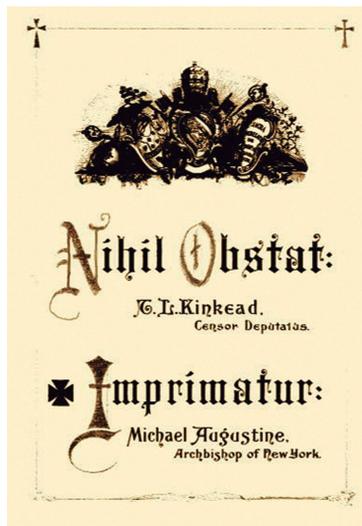
<sup>9</sup> Cf. *Revista do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros*, tomo I, 1862, página 67 e SILVEIRA, Alfredo Balthazar da (1944). *Memória Histórica da sua Fundação e da sua Vida, um Século de Gloriosa Existência*, Rio de Janeiro: Ed. do Jornal do Commercio/Rodrigues e Companhia.

Atente-se para a exigência em Coimbra de aprovação régia dos comêndios (e de outros livros usados na universidade), como forma de controle da formação dos quadros administrativos para o Estado português. Sem dúvida, a monarquia portuguesa desenvolveu estratégias muito claras e pragmáticas em relação a esse tipo de controle: toda a formação em Direito dos agentes históricos coloniais do império português era realizada na metrópole, como acentuou Sérgio Buarque de Holanda no capítulo sobre iberismo e bacharelismo<sup>10</sup> e Stuart Schwartz<sup>11</sup>; e a publicação de livros e periódicos eram proibidos aos povos das colônias.

No Brasil, a permissão da publicação só se viabilizou em 1809. Por ocasião da discussão da criação dos cursos jurídicos no Brasil, não só os currículos foram discutidos no Parlamento, como também os livros e comêndios adotados ou escritos pelos professores foram submetidos à aprovação plenária<sup>12</sup>. Tudo isso depois de passarem pelo crivo da análise detalhada dos senhores deputados e senadores, todos eles juristas muito entendidos naquele tipo de assunto e muito ciosos do poder que a legislatura lhes conferia. Sobretudo, todos tinham internalizado e inculcado afetivamente aspectos culturais iberistas esculpido pela Inquisição e pela censura, que o liberalismo político em voga não foi capaz de transformar.

---

Publicada quinhentos anos após o Quinto Concílio de Latrão (152-1517), que decretava a proibição de imprimir e possuir livros considerados heréticos pelas autoridades da Igreja Católica.




---

10 HOLANDA, Sérgio Buarque de. (1976). *Raízes do Brasil*, 9ª. edição, Rio de Janeiro: Livraria Editora José Olympio.

11 SCHWARTZ Stuart. (1979). *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, São Paulo: Ed. Perspectiva.

12 NEDER, Gizlene. (2000). *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e Submissão*, Coleção Pensamento Criminológico, no. 4, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora/ ICC-Instituto Carioca de Criminologia.

A obra de Paschoal José Melo Freire foi o primeiro texto a tratar da História do Direito em Portugal no século XVIII. O raio e a extensão do processo de recepção da obra de Paschoal José de Melo Freire são expressivos, tanto no pensamento jurídico-político em Portugal quanto no Brasil.

Paschoal José de Mello Freire, ao redigir o primeiro compêndio de “História do Direito Português”, acabou por dirigir o foco dos demais autores. Assim, foi o responsável pela recuperação histórica dos juristas portugueses do século XVI, num movimento de resgate dos autores mais significativos, seja para combater sua orientação aristotélico-tomista, seja para marcar a presença portuguesa no quadro mais amplo dos debates intelectuais humanistas do século XVI europeu.

Paschoal José de Mello Freire dirigiu também as leituras sobre o campo jurídico, feitas a partir de seu compêndio. Destarte, em Portugal, os estudos de história do Direito constituem um campo marcante na formação jurídica das Faculdades de Direito mais tradicionais (Coimbra e Lisboa). No Brasil, sua influência pode ser auferida através de várias referências explícitas feitas pelos primeiros juristas administradores do Estado Imperial (seja no Executivo, no Legislativo ou no Judiciário, encontramos a citação de seu nome, como uma referência legitimadora das práticas jurídico-políticas ensejadas).

Não apenas as sugestões para os *Estatutos das Faculdades de Direito de Recife e São Paulo* (discutidos entre os anos de 1823/1827), copiaram os *Estatutos da Universidade de Coimbra*, quanto a formulação do Código Criminal de 1830, que está calcado no projeto de Código Criminal redigido por Paschoal José de Mello Freire, intentado por D. Maria I e que não chegou a ser aprovado em Portugal. Entretanto, há vários indícios de que cópias do projeto subsidiaram o projeto de lei criminal no Brasil recém-emancipado de Portugal. Sublinhe-se, por fim, que a reforma da codificação penal em Portugal só ocorreu em 1852. Portanto, mais de meio século posteriormente à elaboração do projeto do jurista pombalino, conhecido como o “príncipe dos jurisconsultos portugueses”; e 22 anos após a aprovação do Código Criminal brasileiro.

## 2. A CRIAÇÃO DAS FACULDADES DE DIREITO NO BRASIL

A discussão parlamentar para a criação dos cursos jurídicos apropriou referências de Coimbra. A proposta de estatuto para os cursos jurídicos a serem criados, intitulada “*Estatutos do Visconde da Cachoeira*”, que ficaram prontos em 1825, repetia, quase literalmente, os *Estatutos da Faculdade de Direito de Coimbra* oriundos da reforma universitária empreendida pela administração do Marquês de Pombal, em 1772. Nas considerações gerais de caráter mais filosófico em que a filiação ideológica e política do autor da proposta está exarada, encontramos referência explícita a Paschoal José de Mello Freire, ideólogo das reformas pombalinas no campo jurídico.

“Para ensinar esta matéria, há o compêndio de Smeinero sobre o “Direito Público Eclesiástico Universal” (...) e para o “Direito Público Eclesiástico Nacional” servirá o capítulo inscrito - “*De Jure Principis circa sacra*” - que vem no “Direito Público de Pascoal José de Melo, (...)”<sup>13</sup>.

As referências a Grócio, Puffendorf e a todo o conjunto ideológico-discursivo de fins do século XVIII, iluminista, portanto, estiveram presentes, tanto nos debates parlamentares quanto no projeto de regulamento dos cursos jurídicos. Assim que a condenação a uso dos glosadores como Bártolo ou Aliciatio também era repetição do discurso coimbreense reformado:

“Os mesmos mestres e doutores, para se acreditarem de sábios perante seus companheiros e discípulos, faziam longos e profundos estudos de Direito Romano e antiguidades e seguindo neles a escola Cujaciana, filosofavam teoricamente sobre os princípios do Direito, e por fugirem o rumo da de Bártolo, Aliciatio, e mais glosadores e casuístas, ensinavam jurisprudência mais polêmica do que apropriada à prática da ciência de advogar e de julgar”<sup>14</sup>.

13 *Projeto de Regulamento do Estatuto para o Curso Jurídico, criado pelo Decreto de 9 de janeiro de 1825, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878, pp. 7-39.

14 *Projeto de Regulamento, Visconde da Cachoeira, op. cit.*

Uma concepção de ciência calcada no racionalismo e nas “luzes” era exigida dos professores - tal qual em Coimbra sob a reforma do ensino:

“Contudo não entrará o ensino da Faculdade de Cânones no Curso Jurídico que se vai instituir. Esta ciência toda composta das leis eclesiásticas, bem como a Teologia, deve reservar-se para os claustros dos seminários episcopais, como já se declarou pelo alvará de 10 de maio de 1805 § 6°, e onde é mais próprio ensinarem-se doutrinas semelhantes, que pertencem aos eclesiásticos, que se destinam aos diversos empregos da Igreja, e não a cidadã seculares dispostos para empregos civis”<sup>15</sup>.

Entre 27 de agosto de 1823, quando os debates sobre a criação dos cursos jurídicos foram abertos no parlamento brasileiro, e 21 de agosto de 1827, data da aprovação do decreto de criação das Faculdades de Direito de Olinda e São Paulo, anotamos 149 referências explícitas a Coimbra e aos *Estatutos da Faculdade de Direito de Coimbra*, em 14 sessões na Assembleia Constituinte (1823), 24 sessões na Câmara dos Deputados (1826-27) e 11 sessões no Senado (1826-27). Além de uma citação explícita a Paschoal José de Melo Freire.

Muito mais do que a Europa do Iluminismo, o filtro do pombalismo é que dava o tom das concepções mais gerais sobre o Direito, e, sobretudo, das estratégias de organização dos cursos jurídicos, tendo em vista a formação de quadros administrativos para a gestão do Império<sup>16</sup>.

Mas não somente a adesão entusiasmada a Coimbra e à sua reforma do ensino pombalina podemos destacar da leitura dos debates parlamentares. As preocupações com a estruturação do poder e a direção política visando à garantia da unidade do território obedeciam mais do que uma preocupação de corte simplesmente nacionalista, já bastante difundida no contexto de

---

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Sobre a circulação das ideias jurídicas iluminista entre Brasil, Portugal e o resto da Europa: Cf. NEDER, Gizlene (1996), “Absolutismo e Punição”, in *Discursos Sediciosos*, ano 1, No. 1. E sobre o autoritarismo afetivo, Cf. CERQUEIRA FILHO, Gisálio (2005). *Autoritarismo Afetivo. A Prússia como Sentimento*, São Paulo: Escuta.

estruturação do Estado Imperial no Brasil. Estamos relativizando a ideia de nação *at presente*, considerando a historicidade das diferentes conjunturas onde era formulada, e estamos também observando a permanência da concepção de *império luso-brasileiro*, muito viva no imaginário da conjuntura pós-emancipação política (1822). As estratégias de manutenção da unidade territorial estavam referidas a substratos culturais ibéricos mais antigos que remontariam aos tempos da Reconquista e os efeitos ideológicos (militarismo/religiosidade) que delinearão a visão social lusitana sobre o território e sua ocupação. Mais do que uma simples garantia de exploração da grande propriedade, do ponto de vista econômico, o encaminhamento político da questão ligava-se a toda uma simbologia que remetia uma grande gama de alegorias sobre o poder e o território, no sentido militar e religioso, presentes na Reconquista.

A “geração de 1790”, como eram referidos os juristas que atuaram no campo de Humanidades oriundos de Coimbra reformada foi decisiva no processo de emancipação e consolidação da formação histórica brasileira em meados do século XIX. Ao mesmo tempo, a cultura política e o repertório acadêmico apropriados culturalmente deixaram marcas na cultura jurídica no Brasil.

Destarte, as estratégias explicitadas nos debates parlamentares sobre a localização dos cursos jurídicos no Brasil denunciam estas preocupações; haja vista certa unanimidade e consenso existentes relativamente a situar no Norte e no Sul, duas Escolas (Olinda e São Paulo). As falas que defenderam a localização no Rio de Janeiro, por ser a Corte, foram suplantadas pelo conjunto dos argumentos que podemos chamar estratégicos, que defenderam a localização dos cursos no Norte e no Sul do país. Apesar da vocação do Rio de Janeiro para propor a formação da “nação”, decidiu-se, após longa discussão, pela implantação dos cursos de Direito em São Paulo e em Pernambuco. Os juristas que tomaram tal decisão refletiram sobre a importância desta localização como sendo também uma estratégia de “construção da nação”. Projetavam, desta maneira, uma articulação entre as diferentes regiões que compunham o país; preveniam-se, também, dos

movimentos separatistas. Havia, sem dúvida, clareza acerca da importância de uma direção no processo de unificação através da Educação, formulada em termos da “formação de uma consciência nacional”. Assim uma das faculdades, de Olinda (mais tarde o ensino foi transferido para Recife), serviria aos habitantes do Norte; a outra, em São Paulo, os do Sul. Mais ainda, apesar das enormes diferenças regionais, as Faculdades de Direito estavam projetadas para promover a “*unidade moral do organismo político brasileiro*”<sup>17</sup>. Ou seja, no interior do processo de ideologização, promovido a partir das Escolas de Direito, a prática ideológica (assim como também a prática política e a prática econômica) delas decorrentes, acabou por produzir efeitos que redundaram na construção do “nacional”. Neste sentido, reconhecemos o êxito de seus projetistas, que se colocaram como arquitetos de uma construção<sup>18</sup>.

Pelas estratégias imperiais, as escolas de Direito propiciavam o amálgama possível da formação histórica brasileira, que tem enormes diferenças regionais e étnicas. Entretanto, devemos destacar diferenciações e especificidades destas duas escolas, embora, de uma ou de outra maneira, suas atuações tenham resultado em complementariedade.

Sublinhamos dois fatos que atestam a complementariedade: primeiramente, deve-se considerar a origem comum dos dois cursos (Coimbra), combinada com uma imposição conjuntural de atualização histórica pela adoção de postulados liberais. O que também não constitui grandes novidades, uma vez que a política pombalina de incorporação pragmática das modernidades necessárias certamente constituiu matéria muito bem estudada e inculcada na formação jurídica brasileira. Num segundo plano, devemos considerar a circulação entre os estudantes das duas faculdades (era comum iniciar o curso no Nordeste e terminá-lo no Sul, ou vice-versa - isto aconteceu com Joaquim Nabuco e Rui Barbosa, por exemplo).

---

17 BEVILAQUA, Clovis (1977). *História da Faculdade de Direito do Recife*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro.

---

18 Sobre a formação jurídica no Brasil e a criação dos Cursos de Direito: Cf. NEDER, Gizlene. (2012). *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Criminalidade, Justiça e Constituição do Mercado de Trabalho no Brasil (19890-1927)*, 2º. Edição, Niterói: EdUFF.

Acrescente-se, ainda, que na relação dos juristas ainda formados em Coimbra que seguiram atuando na administração da Justiça e no Parlamento, após 1822, notamos a continuidade do mesmo procedimento do império colonial português de não discriminação regional na ocupação dos cargos. Como bem destaca Stuart Schwarz<sup>19</sup>, na administração da Justiça, Portugal nomeava para altos cargos juristas nascidos nas colônias. Encontramos vários juristas portugueses (e um angolano) atuando no Brasil até a década de 1850. E, sobretudo, encontramos um deslocamento intenso e a atuação de juristas nascidos em diferentes regiões do país por todo o território. Através de um processo de transferências destes magistrados, encontramos baianos atuando no Pará, mineiros no Maranhão, etc. O caso emblemático é o da trajetória de Euzébio de Queiroz Coutinho da Silva, nascido em Luanda em 1791. Atuou em Benguela (1805), foi ouvidor da Comarca de Angola (1808) e da Comarca de Minas Gerais (1818). Passou por Pernambuco, Rio de Janeiro e Bahia.

De modo que se observa uma enorme elasticidade da movimentação dos magistrados por vastas extensões territoriais, o que atesta uma concepção estratégica de controle do território e de seus administradores. Atesta, também, a centralização política adotada pelo império brasileiro para garantir a unidade política. Por outro lado, os deslocamentos do alto escalão da administração da Justiça reforçam a ideia de que a mesma influência coimbreense esteve nos dois cursos de Direito inicialmente criados no Brasil.

Complementarmente, queremos, no entanto, pontuar a existência de diferenças sutis entre as duas Faculdades de Direito no Brasil, sobretudo tendo em vista as diversidades políticas regionais. Ilustração e pragmatismo constituem as temáticas com as quais trabalhamos as escolas de Direito no Brasil, respectivamente Recife e São Paulo. Recuperamos aqui um aforismo de Ulisses Brandão: “*No Norte, havia mais ideia, no Sul, mais interesse; ali mais princípios, aqui mais vantagens*”<sup>20</sup>.

19 SCHWARTZ, Stuart. Op. cit.

20 BRANDÃO, Ulisses (1824). *A Confederação do Equador*, (Pernambuco, 1824). Apud BEVILAQUA, Clovis. (1977). Op. cit.

Baseados na sugestão de Clovis Bevilacqua, chegamos a algumas conclusões que apontam na diferenciação entre o Recife e São Paulo<sup>21</sup>. Sem dúvida, as formulações elaboradas pelo pensamento jurídico em Recife permitem a sua caracterização como uma Escola (com maiúscula), dada a formação de uma corrente de pensamento que contou com notáveis e expressivos componentes, que ganharam de Luís Washington Vita o epíteto de *Ilustração Brasileira*.

A instalação da Faculdade de Direito em Olinda tomou por base a formação ideológica de Pernambuco, tendo como esteio os movimentos de 1817 e 1824. A Escola do Recife, instalada no convento de São Bento, recebeu fortíssima influência da ideologia liberal. Fato que acaba por lhe conferir particularidade, sobretudo no tocante à sua capacidade de elaborar projetos formulados para todo o Brasil, nos quais a “questão nacional”, pelo menos aparentemente, sobrepõe-se aos particularismos provincianos.

Spencer Vampré<sup>22</sup>, em suas “Memórias”, alarga o alcance histórico das origens da Academia de São Paulo para os primeiros anos da colonização portuguesa no Brasil. Segundo ele, a Escola de Direito de São Paulo estaria fundada nos alicerces erigidos pelos franciscanos, em data anterior ao ano de 1827.

A particularidade da “Academia”, nós a encontramos no pragmatismo. Este, por sua vez, constitui um traço recorrente do pombalismo, que certamente a Faculdade de Direito de São Paulo vai bem assimilar. Em que pese sua adesão formal aos pressupostos liberais vigentes no momento de fundação, a escola paulista tem, ao longo dos anos, adaptado pragmaticamente

---

21 Neste particular, estamos trabalhando com uma interpretação ligeiramente diferente de Sergio Adorno. Cf. ADORNO, Sérgio, (1988). *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*, Rio de Janeiro: Paz e Terra. Como também de VENÂNCIO FILHO, Alberto. (1977). *Das arcadas ao bacharelismo*, São Paulo: Ed. Perspectiva. Especialmente em relação aos desdobramentos políticos das clivagens ideológicas entre o liberalismo radical presente em Recife, e, conseqüentemente na formação jurídica naquela região, e São Paulo e seu militarismo bandeirantista. O conjunto da historiografia brasileira tende a enfatizar uma homogeneidade entre os dois cursos, sobretudo em função da herança coimbrã. De nossa parte, tendemos a destacar as diferenças e nuances entre as duas faculdades que vêm a manifestar-se mais tarde nas opções paulistas por um Direito dogmático e tecnicista e autoritário em detrimento de concepções mais próximas do campo democrático.

22 VAMPRE, Spencer (1977). *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, 2 v., Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro.

estes pressupostos aos interesses de suas oligarquias regionais (seja no setor agrário, seja no industrial ou financeiro). Mesmo adotando o liberalismo, a “Academia” o pratica com pequenas, mas significativas, diferenças no que se refere à Escola do Recife. À herança franciscana acoplou-se, de início, uma outra, de origem militar; a atuação do tenente-general José Arouche Rendon, comandante das armas em São Paulo, deputado constituinte por aquela província, é marcante, sendo ele um dos árdus defensores no Parlamento da localização do curso na cidade de São Paulo. Rendon, como os demais deputados e juristas por nós analisados, define-se como um liberal. Aqui algumas questões merecem destaque. Primeiramente, cabe ressaltar que o liberalismo se tornou uma ideologia necessária e presente na conjuntura da emancipação política, fato que está intrinsecamente ligado à criação dos cursos jurídicos no Brasil.

Tanto em São Paulo quanto no Recife, os postulados liberais foram invocados na luta contra o monopólio metropolitano, na qual engajaram-se importantes segmentos ligados à grande propriedade agrária e escravista. O liberalismo foi adotado, no entanto, com limitações, tendo sido resguardados os privilégios daqueles segmentos sociais e mantida a escravidão. A necessidade de utilização do liberalismo produziu um duplo efeito: fundamentou a luta contra a metrópole e delineou as linhas mestras da organização do Estado no Brasil.

Este liberalismo encontrava-se, portanto, preso a uma camisa de força. Basta considerarmos as particularidades de São Paulo, que historicamente sempre definiu de forma clara seus campos de interesses específicos e regionais. Daí o pragmatismo. Consideramos, portanto, a formação jurídica em São Paulo como tendo traços muito mais pombalinos do que propriamente liberais no estrito senso.

### **3. O FIM DO MONOPÓLIO DO ENSINO E A CRIAÇÃO DE NOVAS FACULDADES**

O monopólio do ensino jurídico das duas faculdades (Recife e São Paulo) foi quebrado em 1879 com o decreto Nº 7.247, de 19 de abril, referido como Reforma Leôncio de Carvalho.

A primeira faculdade criada após a Reforma Leôncio de Carvalho, denominada *Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro* (ou *Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro*), foi fundada em 1882, embora tenha sido autorizada a funcionar somente em 1891, já com a república proclamada. A segunda faculdade “livre” foi criada em 1891, denominada *Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro*. As duas faculdades foram criadas a partir da iniciativa de professores (entre liberais e conservadores). Naquela conjuntura, as especificidades da formação política e jurídica do recém-implantado regime republicano implicavam uma leitura bastante dogmática de princípios liberais conservadores que estavam presentes nas concepções tanto do positivismo (dos militares que empalmaram o poder, mas não somente eles), quanto do evolucionismo (constituindo este uma corrente positivista mais eclética e refinada das inovações epistemológicas que estavam circulando entre a Europa e as Américas).

Destarte, embora extremamente autoritário e excludente, o regime republicano procurou não intervir na criação de escolas (do ensino superior, inclusive). Do mesmo modo, não considerou tarefa sua a criação e implementação de escolas e faculdades. Foi nesta conjuntura de separação da Igreja do Estado que foi criada uma malha de escolas confessionais católicas, no bojo do processo de reforma religiosa empreendida desde o Concílio Vaticano I (1870), mas especialmente a partir do papado de Leão XIII (1878/1903)<sup>23</sup>. O processo de reforma religiosa revivificou o neotomismo (da terceira escolástica<sup>24</sup>) e iniciou um amplo empreendimento de recristianização e repovoamento das áreas afetadas pela presença do jansenismo<sup>25</sup>,

23 NEDER, Gizlene. (2015). “Educação e Secularização no Brasil: A ‘Questão Religiosa’ no Brasil Republicano”, In NEDER, Gizlene; Barcelos Ribeiro da Silva, Ana Paula; Vieira de Sousa, Jessie Jane. *Intolerância e Cidadania. Secularização, Poder e Cultura Política*, Rio de Janeiro: Autografia, p. 89-121.

24 NEDER, Gizlene. (2011). *Duas Margens. Ideias Jurídicas e Sentimentos Política no Brasil e em Portugal na Passagem à Modernidade*, Rio de Janeiro: Revan.

25 O jansenismo foi criado no século XVII pelo teólogo holandês, Jansênio, e seu mais expoente teólogo foi Blaise Pascal. Foi um movimento católico que apropriou variações da cultura religiosa próximas do calvinismo e foi um dos sustentáculos das críticas e constrangimentos do papismo ultramontano, defendido pelo jesuitismo. Neste sentido, constitui-se em um dos pilares de sustentação da soberania régia nos regimes de Padroados, vigentes em Portugal e no Brasil imperial.

como era o caso do Brasil e de Portugal (além da França, onde o movimento político-religioso se fortaleceu pela atuação de Blaise Pascal). A variação jansenista da *devotio moderna* do catolicismo romano opôs teológica e politicamente à variação jesuitista (também moderna). O jansenismo defendia uma maior autonomia do clero “nacional” em relação ao papado. Os jesuítas foram, desde a criação da Companhia de Jesus no século XVI, pró-papistas e afirmaram uma espiritualidade moderna, da reforma religiosa católica que procurou fazer frente às reformas protestantes<sup>26</sup>.

Igualmente, no espaço aberto pelas possibilidades da liberdade na criação de estabelecimentos de ensino, várias instituições de ensino protestantes foram criadas. Um episódio de intervenção estatal ocorreu, entretanto, constringendo a criação de instituições de ensino superior protestantes, ao estabelecer a restrição de criação de universidades em cidades com menos de cem mil habitantes<sup>27</sup> (e este era o caso de duas instituições de ensino protestantes que intentaram criar faculdades de Direito; uma em Juiz de Fora e outra em Canoas, no Rio Grande do Sul).

A atual Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro resultou da fusão, em 1920, das duas faculdades não estatais acima mencionadas: a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, criada por Fernando Mendes de Almeida, e a Faculdade Livre de Direito. Não estatais, porque a Constituição de 1891 separava Igreja do Estado e, inspirada no constitucionalismo de inspiração anglófila, proclamou-se ‘liberal’ e, portanto, isentou o Estado republicano de políticas públicas para Educação e Assistência Social. Sublinhe-se, ainda, que a condução da iniciativa de 1881 e, na sequência, a concretização do projeto em 1891, deram-se pelas mãos de um descendente do velho senador e jurista

26 Para alguns historiadores, paralelamente à reforma católica com a criação da Companhia de Jesus, ocorreu a Contra-reforma (com a Inquisição e as perseguições religiosas). DELUMEAU, Jean. *Naissance et Affirmation de la Réforme*, Paris: Presses Universitaires de France, 1965.

27 PINTO, Jefferson de Almeida. (2013). *Ideias jurídico-penais e cultura religiosa em Minas Gerais na passagem à modernidade*, Rio de Janeiro: Multifoco; NAZARETH, Flávia Beatriz Ferreira de (2015). *A passagem para a modernidade no Brasil: o projeto de secularização em Rui Barbosa*, Tese de Doutorado/Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense, Niterói.

Cândido Mendes de Almeida, do campo do conservadorismo clerical; era um dos advogados dos bispos contra o governo imperial.<sup>28</sup> Proclamada a República, Mendes de Almeida convocou os antigos partidários da ideia e, com novos adeptos, declarou fundada a Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, em 1891. Posteriormente, a Faculdade Nacional de Direito integrou, juntamente com a Escola Politécnica e a Faculdade de Medicina da Praia Vermelha, a nova universidade, denominada de “Universidade do Brasil” pelo Decreto-lei n. 8.393 de 1945.

O anticlericalismo do positivismo dos militares que deram o golpe republicano em 1889, coincidentemente, veio ao encontro dos anseios da Igreja católica no Brasil, que almejava mais autonomia depois de muitas décadas de submissão ao Estado: pelo Padroado, a Igreja ficava subordinada ao beneplácito imperial. A culminância dos conflitos entre a Igreja e o Estado imperial brasileiro foi tensa durante o contexto da chamada “Questão Religiosa”, na década de 1870 (que o governo “Questão dos Bispos” – referida aos bispos de Olinda e do Pará).

A historiografia brasileira vem confinando os conflitos entre Estado e Igreja exclusivamente no início da década de 1870, na conjuntura da governação do Gabinete do Visconde do Rio Branco. O chefe do Gabinete era maçom, antipapista e antijesuítista como todo o campo religioso adepto do jansenismo, que foi forte no campo intelectual luso-brasileiro (em Coimbra, e por extensão, em Olinda e em São Paulo) desde a expulsão dos jesuítas pelo Marquês de Pombal. Temos trabalhado com os ecos e o prolongamento deste conflito durante todo o século XX, ao que estamos denominando como “questão religiosa no Brasil republicano”.<sup>29</sup> Com o ensino livre, as ações políticas da Igreja para implementação da reforma religiosa criaram uma malha de colégios católicos por todo o país no início do regime republicano.

28 NEDER, Gizlene. *As reformas políticas dos ‘homens-novos’ (Brasil Império: 1830-1889)*, Rio de Janeiro: Revan 2016.

29 NEDER, Gizlene. Educação e Secularização no Brasil. A “Questão Religiosa” no Brasil Republicano (Confrontações de Pe. Leonel Franca, S. J. com a Educação Escolanovista, In NEDER, Gizlene; Barcelos Ribeiro da Silva, Ana Paula; Vieira de Sousa, Jessie Jane. *Intolerância e Cidadania. Secularização, Poder e Cultura Política*, Rio de Janeiro: Autografia, p. 89-121.

## 4. O FUTURO PASSADO DA UNIVERSIDADE DO DISTRITO FEDERAL (UDF)

A experiência inovadora da Universidade do Distrito Federal (UDF), criada em 1935 por Anísio Teixeira foi breve e por isso a designamos como “futuro passado”, na conceituação de Reinhard Kosellek.<sup>30</sup> Estiveram reunidos na criação da UDF um elenco de jovens professores do campo jurídico (Roberto Lyra dentre eles) e do campo dos estudos históricos e das artes (Luiz Camillo de Oliveira Netto, que, formado em Química, dedicou-se às Humanidades). Abraçaram as inovações epistemológicas escolanovistas e suas apropriações das experiências de ponta que haviam sido iniciadas em várias universidades (como a Universidade de Columbia, nos EUA, por exemplo)<sup>31</sup>.

Não podemos deixar de constatar que as reuniões para a criação da UDF realizaram-se na sede da Associação Cristã de Moços<sup>32</sup>, segundo informações publicadas pelo site Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).<sup>33</sup> Ao que tudo indica, uma possibilidade política aberta pelo ensino livre e pela política não intervencionista

30 KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos*, Rio de Janeiro: Contraponto/ Editora da PUCRio, 2006.

31 PENNA, Maria Luiza. (2006). *Luiz Camillo. Perfil intelectual*, Belo Horizonte: Editora da UFMG. Cf. especialmente o capítulo V (“Experiência na UDF”, p. 167-2012).

32 Associação política de caridade e evangelização de jovens protestante. A sede da Associação Cristã de Moços do Rio de Janeiro foi inaugurada em 1893. Foi a primeira instalada no Brasil e na América Latina e segue a orientação política e religiosa de sua sede criada em Londres em 1844, por George Williams (1821-1905), batizado na Igreja Católica Anglicana e convertido ao protestantismo em 1853 e torna-se membro da Igreja Congressional. Uma potência evangelizadora internacional que acompanhou a expansão do imperialismo britânico através da caridade aos jovens; recebeu título de nobreza, tornando-se “Sir” pela Rainha Vitória.

33 (...) quando um grupo de advogados insatisfeitos com o ensino jurídico da época resolve fundar um novo curso de Direito. De lá para cá, muita coisa aconteceu, num caminho que passou pela consolidação da instituição, resultado dos esforços de gerações de professores e funcionários, e duas mudanças de sede que se somaram à integração do curso isolado numa universidade - a Universidade do Distrito Federal - e depois à UEG, Universidade do Estado da Guanabara, que iria, ela também, crescer e se transformar na UERJ dos nossos dias. Alguns marcos administrativos desta trajetória estão assinalados a seguir. Realizada no salão nobre da Associação Cristã de Moços, à Rua Araújo Porto Alegre nº 26, na Esplanada do Castelo, a primeira reunião preparatória da organização da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro. Cf. *Setenta Anos de História & Memória (1935-2005)* - <http://www.direitouerj.org.br/2005/fdir70/hist.htm>. Acessado em 29 de maio de 2018.

da governação federal na Educação. A UDF sofreu intervenção no Estado Novo e perdeu bastante de seu elã inovador. Mais tarde, a Faculdade de Direito da “Rua do Catete”, como era chamada, foi incorporada à Universidade do Estado da Guanabara (UEG), posteriormente designada Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Não por acaso, a desmobilização do projeto escolanovista da UDF foi realizada após o golpe do Estado Novo em 1937, pelo político e educador católico Gustavo Capanema e com forte influência de Francisco Campos.

A Faculdade de Direito da “Rua do Catete” foi instalada no mesmo prédio que abrigou, primeiramente, a *Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais* (que foi transferida em 1937 para o Palácio do Conde dos Arcos, na praça da República). No pórtico de entrada do auditório da Faculdade de Direito da “Rua do Catete” sobressaía a advertência: “Aqui só entra quem sabe sociologia”<sup>34</sup>.

A perspectiva epistemológica adotada pelos intelectuais da UDF era multidisciplinar e acentuava a relação entre Direito e Ciências Humanas e Sociais. O dogmatismo jurídicista e tecnicista que orientou o ensino jurídico pós-Estado Novo tendeu à compartimentação dos saberes e isolou a formação jurídica das demais Humanidades, produzindo um retorno ao ensino jurídico do século XIX.

## 5. PARA UMA HISTÓRIA DA SOCIOLOGIA DO DIREITO NO RIO DE JANEIRO

O pioneiro da Sociologia do Direito no Rio de Janeiro foi o professor e pesquisador Felipe Augusto de Miranda Rosa (01/12/1920 – 12/03/2009), formado pela Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal (UDF).

Miranda Rosa, como era chamado pelos mais próximos, é o elo entre nós, pesquisadores da Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense.

34 LYRA, Roberto (1957). *Formei-me em Direito, e agora?*, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito.

minense (porque vários dos ex-alunos de Miranda Rosa atuam na UFF). Sua trajetória nos permite olhar com atenção o futuro passado como uma possibilidade na história intelectual do campo jurídico no Brasil no tempo presente. Os episódios que afetaram a formação jurídica acima referidos estavam ligados às tentativas do campo intelectual da formação jurídica mais aberta e sintonizada com as inovações epistemológicas das “ciências jurídicas em sociais” que promover a interdisciplinaridade e superar a compartimentalização dos saberes ensejada pelos dogmatismos e pelos discursos da verdade presentes seja no iluminismo positivista, seja no conservadorismo clerical. A intervenção do Estado Novo na educação superior, que implicou o fechamento do projeto de universidade de Anísio Teixeira, potencializou o dogmatismo e o tecnicismo jurídico formalizado desde a reforma do ensino de Francisco Campos, de 1931, quando foi ministro da Educação.

Miranda Rosa ingressou na magistratura do Estado da Guanabara em 1960 e assumiu, em 1963, o cargo de juiz de direito da 6ª Vara de Família e juiz do Tribunal de Alçada do estado da Guanabara. Em 1971, já era juiz do Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Em 1974, assumiu o magistério – como Livre Docente – na cadeira de Sociologia pela mesma universidade pela qual se formara, e que, nessa época, tinha a denominação de Universidade do Estado da Guanabara (UEG), hoje Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Entre 1978-1979, foi Presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e em 1980, Presidente do 1º. Tribunal de Alçada do Estado do Rio de Janeiro. Em 1984 foi Presidente da União Internacional de Magistrados. Desde meados da década de 1990, atuou na Escola de Magistratura do Rio de Janeiro, tendo assumido a presidência do Fórum Permanente para Formação e Aperfeiçoamento do Magistrado.

O livro “*Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*”<sup>35</sup>, pioneiro no Brasil, de autoria do magistrado e professor Felipe Augusto de Miranda Rosa, já teve 18 edições publicadas. Miranda Rosa formulou uma

35 MIRANDA ROSA, Felipe. Augusto (1969). *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*, Rio de Janeiro: Zahar Editores.

proposição teórica clássica e relevante, tendo sido também sociólogo. Adotou uma perspectiva multidisciplinar e claramente democrática. Foi Professor Titular de Sociologia do Direito na UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro).

Miranda Rosa deu então os primeiros passos para constituir o campo da Sociologia do Direito no Rio de Janeiro e, com Cláudio Souto (do Recife), foram os primeiros pesquisadores do campo de estudos da relação Direito & Sociedade no Brasil.

Aqui desejamos testemunhar a atividade acadêmica conjunta que realizamos. A memória do intelectual e escritor sobrevive na memória das novas gerações de parceiros intelectuais e leitores. Em 1968, Gisálio Cerqueira Filho iniciou sua aproximação com o campo do direito. Foi quando conheceu o juiz de direito Felipe Augusto de Miranda Rosa, depois desembargador e presidente do Tribunal de Alçada, mas sempre professor e pesquisador em Sociologia do Direito. Foi convidado por ele para trabalhar numa pesquisa internacional do Centro Internacional de Criminologia Comparada (CICC) da Universidade de Montreal, Canadá, sobre representações sociais de comportamentos considerados “desviantes”, coordenada pelo Prof. Dennis Szabó.<sup>36</sup> Durante três ou quatro ocasiões, em função de viagens internacionais de Miranda Rosa, Gisálio Cerqueira Filho foi Professor Assistente (substituto) de Sociologia do Direito na UERJ, funcionando ainda na Rua do Catete. Em 1971, participou da equipe docente coordenada por Miranda Rosa na Faculdade de Direito da Universidade Gama Filho, na Piedade. No mesmo ano de 1971, a convite de Ana Maria Castro, filha do Prof. Josué de Castro, e também colega da equipe de Miranda Rosa, foi admitido como professor assistente de Sociologia da Faculdade de Direito Estácio de Sá, recém-fundada. Com Miranda Rosa participou de outra pesquisa intitulada “O Direito e a solução dos conflitos sociais” (UNESCO); mais tarde seu desdobramento foi financiado pela

---

36MIRANDA ROSA, Gisálio Cerqueira Filho e Tereza Miralles (1979). “Alguns comportamentos sociais e sua representação na sociedade urbana brasileira: reações sociais a comportamentos de desvio”, Rio de Janeiro: Edições CEJUR.

FINEP e realizado no Centro de Estudos Jurídicos (CEJUR), dirigido pelo desembargador Welington Pimentel, que chegou à presidência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Um resumo desta pesquisa foi publicado pela Editora J. Zahar, com o título “*Direito e conflito social*”.

Nas diversas circunstâncias do trabalho intelectual pudemos testemunhar em Miranda Rosa um homem de inteligência, tolerante e bom ouvinte. Hábil debatedor, recebemos em distintas oportunidades Boaventura de Souza Santos (Coimbra) e Niklas Luhmann (Bielefeld). Vários trabalhos em colóquios internacionais foram apresentados pelo grupo de pesquisa. Um dos primeiros trabalhos apresentados discute o impacto político da reforma tributária no Brasil de 1965. O congresso ocorreu em Noordwijk, na Holanda. Estes congressos convergiram para um grande encontro em Paris, realizado pela Universidade de Paris I, Sorbonne. O evento ocorreu no seminário jesuíta de Chantilly (1977), onde estiveram presentes vários pesquisadores, entre eles (além de Miranda Rosa e Gisálio Cerqueira Filho) Tereza Miralles (Barcelona), Gizlene Neder (PUC-RIO e UFF), Dimitri Kolageroupolos, de origem grega, que então dirigia o Centro de Criminologia da *Sorbonne*, onde juntos realizamos memorável visita.

A abordagem acadêmica de Miranda Rosa, sempre interdisciplinar, e a formação em ciência política, sociologia e psicanálise de Gisálio Cerqueira Filho favoreceram bastante a aproximação intelectual entre o jurista e o sociólogo. Nessa época, associaram-se ao nosso grupo o sociólogo Michel Misse (UFRJ) e a advogada Leila Barsted.

Além de promover e incentivar a participação em congressos internacionais, Miranda Rosa propiciava a participação de encontros científicos muito ricos no Brasil, numa época em que esta prática não era exercida por muitos, dado ao clima de censura imposto pela ditadura militar. Promoveu um evento inesquecível: “Seminário Direito & Sociedade”, em 1978, no âmbito do projeto “O Direito e a solução dos conflitos sociais” (UNESCO/FINEP/CEJUR), em parceria com *Sociedade de Pesquisadores Associados em Ciências Sociais*. O *Sociedade* reunia jovens professores universitários empenhados em realização de pesquisas em ciências sociais, já que as universidades não lhes

criavam condições para o desenvolvimento de pesquisa. O seminário realizou-se no Hotel das Paineiras, naquela altura, em pleno funcionamento no meio da estrada que leva ao Cristo Redentor, no morro do Corcovado no Rio de Janeiro. As discussões se desdobraram em dois dias inteiros. Presentes, além de Miranda Rosa, Gisálio Cerqueira Filho, Gizlene Neder, Ana Maria Motta Ribeiro, Michel Misse, Dilson Motta, Antônio Amaral Serra, José Ribas Vieira e mais alguns orientandos. Todos nos instalamos no meio da tarde, aguardando a abertura do seminário que ocorreria no início da noite. José Ribas Vieira, atual professor titular faculdade de Direito da UFRJ, chegou em cima da hora da abertura, desembarcando do trenzinho da Estrada de Ferro Corcovado...

Miranda Rosa publicou também em coautoria com a advogada Odila Alagão, nossa colega sempre presente no grupo de pesquisa<sup>37</sup>. Miranda Rosa foi ainda examinador na banca de defesa da dissertação de mestrado de Gisálio, defendida em 1974 no IUPERJ (Instituto Universitário de Pesquisa do Rio de Janeiro).

O trabalho coletivo com Miranda Rosa deu frutos e desdobrou-se por vários países da Europa, no *Research Committee on Sociology of Law (RCSL)* da *International Sociological Association (ISA)*, no Centro Internacional de Criminologia de Montreal no Canadá, na *Universidad Del Zulia*, Maracaibo, Venezuela, onde desenvolvemos pesquisa sobre “Violência na América Latina” em parceria com Lola Anyar de Castro (Venezuela) Emilio Garcia Mendez (Argentina), Roberto Lyra Filho e Nilo Batista (Brasil).

Em 2008, no encontro do *RCSL-ISA*, realizado em Milão e Como (Itália), recordamos com o Vincenzo Ferrari as atividades acadêmicas de Miranda Rosa no plano internacional. Na mesma oportunidade, fundou-se em Milão o periódico *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica (online)* <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/>

Finalmente, em 2014, ao participar do Comitê de Avaliação e Premiação do “*Podgórecky Schollar Prize 2014*”, *Research Committee on Sociology of Law (RCSL)*, ao lado dos Professores Masayuki Murayama, Ph. D.

37 MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de e ALAGÃO, Odila (1988). *Jurisprudência e Mudança Social*. Rio de Janeiro J. Zahar.

(Chair), School of Law, Meiji University (Japan) e de Arvind Agrawal, Ph.D., School of Social Sciences, Central University of Himachal Pradesh, Dharamshala, (India), Gisálio Cerqueira pôde “sentir” a presença de Miranda Rosa, pois o cientista social Adam Podgórecky, que dá nome ao prêmio, foi um dos companheiros mais significativos de Miranda Rosa nos seus colóquios internacionais de Sociologia do Direito.

Mais recentemente, entre dias 05 e 08 de maio de 2015, em Canoas, no Rio Grande do Sul, o *RCSL-ISA* reuniu-se pela primeira vez no Brasil e Miranda Rosa foi lembrado na conferência magistral de Wanda Capeller (Université de Toulouse, France) como um dos “pais fundadores” da Sociologia do Direito no Brasil, ao lado de Cláudio Souto (Recife). Foi referido ainda na teleconferência pronunciada por André-Jean Arnaud (Université de Paris X e *Recherche Émérite au C.N.R.S./ France* e do *Réseau Européen Droit et Société*).

Intelectual de escol, homem simples, mas com estilo próprio e ciência de sua autoridade como magistrado, afável, tolerante e democrático no trato com seus colegas, Miranda Rosa vivenciou dificuldades de aceitação do seu enfoque por não utilizar os “cânones” da ciência social e do direito.<sup>38</sup> Até porque, a defesa da interdisciplinaridade proclamada pelas inovações epistemológicas desde início do século XX não havia destituído as práticas corporativas que afirmavam o pequeno poder das “igrejinhas” presentes nos diferentes campos intelectuais.

Assim, com muita justiça, assistimos o relançamento do clássico “*Sociologia do Direito*”, de F. A. de Miranda Rosa, agora a sair em *e.book*.

Sobretudo, saudamos a recepção da Biblioteca Felipe Augusto de Miranda Rosa pela Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Foi catalogada e exposta no saguão da Faculdade de Direito por ocasião do 5º. Seminário Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Trata-se de uma biblioteca com todas as características de per-

38 Aqui, à semelhança de Shakespeare, que foi chamado de bárbaro por Voltaire, por não utilizar os cânones da poética clássica francesa. Veja-se a tragédia *Júlio César* (Ato II, cena I).

tença a um trabalhador intelectual. Portanto, não é uma biblioteca de colecionador, mas de um professor e pesquisador no campo dos estudos de Sociologia do Direito. Os professores e pesquisadores do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense afirmam sua inscrição nos marcos dos estudos da Sociologia e Direito com um enfoque de ponta e afinado com as inovações epistemológicas do campo de estudos. Nesse programa de pós-graduação, formam-se mestres e doutores em “Ciências Jurídicas e Sociais” e sua prática de pesquisa e ensino é interdisciplinar.

## REFERÊNCIAS

### Fontes:

BEVILAQUA, Clovis (1977). *História da Faculdade de Direito do Recife*, Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro.

*Estatutos da Universidade de Coimbra* (1772). Livro II, Lisboa, Régia Oficina Typográfica, 1773.

FREIRE, Pascoal José Melo Freire (1778). *Historia Juris Lusitani*, Academia Real de Ciências. Trabalhamos com o texto traduzido por Miguel Pinto de Meneses: FREIRE, Pascoal José Melo FREIRE (1968). *História do Direito Civil Português*, Separata do “Boletim do Ministério da Justiça”, Nos. 173,174 e 175, Lisboa.

Lei da Boa Razão, § 14, In Ordenações Filipinas, Livro III, Fundação Calouste Gulbenkian, edição organizada por Cândido Mendes de Almeida-1870/Rio de Janeiro, Lisboa, 1985.

*Projeto de Regulamento do Estatuto para o Curso Jurídico*, criado pelo Decreto de 9 de janeiro de 1825, organizado pelo Conselheiro de Estado Visconde da Cachoeira. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1878, p. 7-39.

*Documentos Parlamentares, No. 122, Câmara dos Deputados – Criação dos Cursos Jurídicos no Brasil (1977)*, Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa.

SILVEIRA, Alfredo Balthazar da (1862;1944). *IAB: Memória Histórica da sua Fundação e da sua Vida, um Século de Gloriosa Existência*, Rio de Janeiro: Ed. do Jornal do Commercio/Rodrigues e Companhia.

LYRA, Roberto (1957). *Formei-me em Direito, e agora?*, Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito.

MERÊA, Paulo Merêa (1923). *Estudos de História do Direito*, Coimbra: Universidade de Coimbra.

VAMPRÉ, Spencer (1977). *Memórias para a História da Academia de São Paulo*, 2 v., Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro.

CADERNOS DO IDES. *Percurso na sociologia do direito: Miranda Rosa*. Instituto Direito e Sociedade. Apresentação e comentários de Eliane Botelho Junqueira. Série Memória, N.º. 1, Maio de 1996.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto de e ALAGÃO, Odila (1988). *Jurisprudência e Mudança Social*. Rio de Janeiro J. Zahar.

MIRANDA ROSA, Felipe Augusto (1969). *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*, Rio de Janeiro: Zahar Editores.

MIRANDA ROSA, Gisálio Cerqueira Filho e Tereza Miralles (1979). “Alguns comportamentos sociais e sua representação na sociedade urbana brasileira: reações sociais a comportamentos de desvio”, Rio de Janeiro: Edições CEJUR.

**BIBLIOGRAFIA:**

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder. O bacharelismo liberal na política brasileira*, Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Autoritarismo Afetivo. A Prússia como Sentimento*, São Paulo: Escuta, 2005.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio e NEDER, Gizlene. *Emoção e Política*, Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1997.

DELUMEAU, Jean. *Naissance et Affirmation de la Réforme*, Paris: Presses Universitaires de France, 1965.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. “Bartolo na História do Direito Português”, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XII, Lisboa, 1960.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. “João das Regras e outros juristas portugueses da Universidade de Bolonha (1378-1421)”, in *Revista da Faculdade de Direito de Lisboa*, vol. VII, Lisboa, 1960.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *Humanismo e Direito em Portugal no Século XVI*, Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1964.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. *História do Direito Português, Fontes de Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1985.

GOMES DA SILVA, Nuno J. Espinosa. “Sobre o Apelido do Doutor João das Regras”, in *Boletim do Ministério da Justiça*, No. 349, Lisboa, 1985.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*, 9ª. edição, Rio de Janeiro: Livraria Editora José Olympio, 1976.

KOSELLECK, Reinhart. *Futuro Passado. Contribuição à semântica dos tempos históricos*, Rio de Janeiro: Contraponto/ Editora da PUC-Rio, 2006.

NAZARETH, Flávia Beatriz Ferreira de. *A passagem para a modernidade no Brasil: o projeto de secularização em Rui Barbosa*, Tese de Doutorado/ Programa de Pós-Graduação em História da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2015.

NEDER, Gizlene. “Educação e Secularização no Brasil: A ‘Questão Religiosa’ no Brasil Republicano”, In NEDER, Gizlene; Barcelos Ribeiro da Silva, Ana Paula; Vieira de Sousa, Jessie Jane. *Intolerância e Cidadania. Secularização, Poder e Cultura Política*, Rio de Janeiro: Autografia, p. 89-121, 2015.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e Submissão*, Coleção Pensamento Criminológico, no. 4, Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora/ ICC-Instituto Carioca de Criminologia, 2000.

NEDER, Gizlene. “Absolutismo e Punição”, in *Discursos Sediciosos*, ano 1, No. 1, p. 191-206, 2006.

NEDER, Gizlene. *Duas Margens. Ideias Jurídicas e Sentimentos Política no Brasil e em Portugal na Passagem à Modernidade*, Rio de Janeiro: Revan, 2011.

NEDER, Gizlene. *Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil. Criminalidade, Justiça e Constituição do Mercado de Trabalho no Brasil (19890-1927)*, 2ª. Edição, Niterói: EdUFF, 2012.

NEDER, Gizlene. *As reformas políticas dos ‘homens-novos’ (Brasil Império: 1830-1889)*, Rio de Janeiro: Revan, 2016.

PENNA, Maria Luiza. *Luiz Camillo. Perfil intelectual*, Belo Horizonte: Editora da UFMG. Cf. especialmente o capítulo V (“Experiência na UDF”, p. 167-2012), 2006.

PINTO, Jefferson de Almeida. *Ideias jurídico-penais e cultura religiosa em Minas Gerais na passagem à modernidade*, Rio de Janeiro: Multifoco, 2013.

SCHWARTZ Stuart. *Burocracia e Sociedade no Brasil Colonial*, São Paulo: Ed. Perspectiva, 1979.

SERRÃO, Joaquim Veríssimo. *Figuras e Caminhos do Renascimento em Portugal*, Lisboa: Imprensa Nacional/Casa da Moeda, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo*, São Paulo: Ed. Perspectiva, 1977.

# APLICAÇÃO DE MEDIDAS ATÍPICAS COMO FORMA DE CUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL

## APPLICATION OF ATYPICAL MEASURES AS A FORM OF COMPLIANCE WITH A JUDICIAL ORDER

**Matheus Rodrigues Kallas**

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca.

(Recebido: 09/05/2018 Aprovado: 02/09/2018 e 13/09/2018)

**RESUMO:** Com a vinda do Código de Processo Civil de 2015, dispositivos de seu conteúdo permitem medidas como apreensão de habilitação, cancelamento de crédito e bloqueio de empréstimo como penalidades pelo não cumprimento da execução de ordem judicial para satisfazer o credor. O presente trabalho tem objetivo de trazer uma análise das medidas atípicas ordenadas com fim de cumprimento de ordens judiciais. A pesquisa será construída principalmente pelo método *dedutivo-bibliográfico*, segundo o qual se empreende uma construção lógica que permite a análise do geral para o particular, através de estudos bibliográficos. Serão analisados e apresentados conteúdos de doutrinas processuais civis devido à profundidade do tema. Serão empreendidos também o estudo dialético, gerador da discussão e da argumentação, e o estudo dogmático-jurídico, que analisa a lei, a jurisprudência e a doutrina, fazendo analogias e interpretações. No campo da prática e do empirismo, através do método indutivo, serão buscados processos cíveis que envolvam o tema, apresentando julgados e decisões.

**PALAVRAS-CHAVE:** Medidas atípicas. Processo Civil. Credor. Devedor.

**ABSTRACT:** With the coming of the Code of Civil Procedure of 2015, its content devices allow measures such as apprehension of habilitation, cancellation of credit and blocking of loan as penalties for non-compliance with the execution of court order to satisfy the creditor. The present work aims to bring an analysis of atypical measures ordered with the purpose of complying with judicial orders. The research will be constructed mainly by the deductive-bibliographic method, according to which a logical construction is undertaken that allows the analysis of the general for the particular, through bibliographic studies. The contents of civil procedural doctrines will be analyzed and presented due to the depth of the theme. Dialectical study, which generates discussion and argumentation, and the dogmatic-juridical study, which analyzes law, jurisprudence and doctrine, will be undertaken, making analogies and interpretations. In the field of practice and empiricism, through the inductive method, will be sought civil lawsuits that involve the subject, presenting judgments and decisions.

**KEYWORDS:** Atypical measures. Civil lawsuit. Creditor. Debtor.

## **INTRODUÇÃO**

Medidas como restrição ao direito de dirigir, apreensão de passaporte, cancelamento de cartas de crédito, vedação de obtenção de novos empréstimos, dentre outras restrições observadas a cada caso, são permitidas pela nova sistemática do Código de Processo Civil de 2015, e em regra, não violam direitos fundamentais do devedor. O objetivo da norma é fazer com que o executado, que possui recursos para satisfazer a dívida, pague o débito, em razão dessas medidas executivas, trazendo o sucesso e satisfação do crédito.

O presente trabalho visa analisar os aspectos legais que embasam a legitimidade da aplicação das medidas executivas atípicas e sua efetividade no ordenamento jurídico.

A pesquisa será construída principalmente pelo método dedutivo-bibliográfico, segundo o qual se empreende uma construção lógica que permite a análise do geral para o particular, através de estudos bibliográficos. Serão analisados e apresentados conteúdos de doutrinas processuais civis devido à profundidade do tema. Serão empreendidos também o estudo dialético, gerador da discussão e da argumentação, e o estudo dogmático-jurídico, que analisa a lei, a jurisprudência e a doutrina, fazendo analogias e interpretações. No campo da prática e do empirismo, através do método indutivo, serão buscados processos cíveis que envolvam o tema, apresentando julgados e decisões.

O artigo 139 do CPC/2015 é um dos principais destaques do trabalho, analisado conjuntamente com jurisprudências que poderão demonstrar a efetividade e legalidade das novas normas acerca do tema.

## **1. A APLICAÇÃO DE MEDIDAS EXECUTIVAS ATÍPICAS COMO FORMA DE GARANTIA DO CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL**

Os legisladores, inclusive em âmbito internacional, vêm dando destaque à atuação judicial, resultando em um notável incremento dos poderes de gerência, instrução e decisão do juiz perante a recente reforma no Código de Processo Civil, em 2015.

O CPC/15 possui um capítulo exclusivo para poderes, deveres e responsabilidade judicial, além de, no art. 139 (correspondente ao 125 do CPC/73), estabelecer com maior amplitude os poderes de direção do juiz, imputando-lhe a incumbência de:

Art. 139. [...]:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça e indeferir postulações meramente protelatórias;

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

V - promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais;

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

VII - exercer o poder de polícia, requisitando, quando necessário, força policial, além da segurança interna dos fóruns e tribunais;

VIII - determinar, a qualquer tempo, o comparecimento pessoal das partes, para inquiri-las sobre os fatos da causa, hipótese em que não incidirá a pena de confesso;

IX - determinar o suprimento de pressupostos processuais e o saneamento de outros vícios processuais;

X - quando se deparar com diversas demandas individuais repetitivas, oficial o Ministério Público, a Defensoria Pública e, na medida do possível, outros legitimados a que se referem o art. 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, e o art. 82 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para, se for o caso, promover a propositura da ação coletiva respectiva.

A principal modificação e novidade fora inserida no inciso IV, e é alvo de polêmicas doutrinárias e jurisprudenciais, pois seu conteúdo amplia as possibilidades do juiz de efetivar suas ordens judiciais. Isso porque o inciso IV, antes aplicável às obrigações de fazer e não fazer, agora expande as medidas ali positivadas também nas ações cujo objeto seja uma prestação pecuniária.

Na mesma linha do artigo 461, § 5º do CPC/73, o artigo 139, IV, do Código de Processo Civil de 2015, firmou os atos executivos atípicos ao dispor que incumbe ao juiz “determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”.

Os atos executivos atípicos não tratam, conforme já dito, de ideia inédita, mas é inegavelmente tratado de maneira bem mais explícita e expandida pelo Código atual, alcançando, de fato, a satisfação de obrigação de pagar quantia certa.

A novidade foi notada, dando origem ao enunciado 48, editado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM):

48) O art. 139, IV, do CPC/2015 traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.<sup>1</sup>

Também o Fórum Permanente de Processualistas Cíveis deu sua posição em seu enunciado de número 12:

12. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771) A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (Grupo: Execução).

<sup>1</sup> <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-pdf/#LS>  
Acesso em 13 de abril de 2018.

Doutrinadores do Direito Processual Civil ultrapassaram aquelas incursões preliminares, voltando o foco para posicionamentos recentemente externados<sup>2</sup> no sentido de se buscar uma melhor dimensão do âmbito de vigência material do artigo 139, IV.

Seguindo esta linha de pensamento, se viu a possibilidade de o mencionado artigo 139, IV, fundamentar a adoção de métodos de execução indireta na forma de apreensão do passaporte e/ou de carteira nacional de habilitação do executado, na sua proibição de participar de concurso público ou de licitações públicas, no bloqueio de cartões de crédito, na proibição de a pessoa jurídica contratar novos funcionários, entre outras possibilidades.<sup>2</sup>

Dessa forma, a inclusão acabou suscitando incontáveis possibilidades da atuação judicial como forma de efetivação de suas ordens.

Em uma decisão no estado de São Paulo, devido à atitude do executado respectiva ao não cumprimento da dívida, e por não ter indicado os bens para penhora, não propor acordo e não cumprir adequadamente as ordens judiciais, a magistrada responsável considerou findas as medidas executivas aplicáveis, e determinou suspensão a Carteira Nacional de Habilitação, a apreensão do passaporte do devedor e o cancelamento dos cartões de crédito do executado, até o adimplemento da dívida.<sup>3</sup>

O julgado teve repercussão nacional, divergindo opiniões. De um lado, houve quem reconhecesse que a adoção de medidas executivas atípicas também em casos de obrigação de pagar quantia trouxe uma nova sistemática à execução, representando inclusive o que se denominou de uma “revolução silenciosa da execução por quantia”, embora critérios como excepcionalidade, proporcionalidade, fundamentação, menor onerosidade para o executado e respeito aos direitos e garantias fundamentais devam

---

2 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora JusPoium, 2016, p. 230-231.

3 <http://s.conjur.com.br/dl/cpc-artigo-139-juiz-poder-determinar1.pdf>. Acesso em 13/04/2018.

ser considerados pelo juiz<sup>4</sup>. Em contrapartida, havia também posições doutrinárias reputando o dispositivo uma “carta branca para o árbitro”<sup>5</sup>, visto a possibilidade de adoção de medidas arbitrárias de restrição de direitos fundamentais, descontextualizadas das premissas constitucionais.

Marcelo Abelha Rodrigues aborda o tema separando as medidas processuais de punição das medidas processuais de coerção, ambas aplicáveis ao executado, por meio de uma dupla ação do juiz. As medidas de punição serão aplicadas nas situações que lesionarem o dever de lealdade e boa-fé, contidas no inciso III, do art. 139, e as coercitivas, cujo fim é promover a ordem judicial, se enquadrariam no inciso IV, do mesmo diploma legal.<sup>6</sup>

Importante ressaltar que, para a aplicação de medidas atípicas, o juiz deve respeitar parâmetros valorativos constitucionais (art. 5º, CF) e processuais (art. 8º, CPC) como, por exemplo, atendimento aos fins sociais e às exigências do bem comum, à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à razoabilidade e à proporcionalidade e à eficiência do processo.

O juiz e professor Fernando da Fonseca Gajardoni publicou um artigo, no qual relatou que:

(...) a prevalecer a interpretação potencializada do art. 139, IV, do CPC/15 –, o emprego de tais medidas coercitivas/indutivas, especialmente nas obrigações de pagar, encontrará limite certo na excepcionalidade da medida (esgotamento dos meios tradicionais de satisfação do débito), na proporcionalidade (inclusive à luz da regra da menor onerosidade ao devedor do art. 805 do CPC/15), na necessidade de fundamentação subs-

4 GAJARDONI, Fernando: A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em 13/04/2018.

5 TRECK, Lênio; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em 13/04/2018.

6 RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em 13/04/2018.

tancial e, especialmente, nos direitos e garantias assegurados na CF (v.g., não parece possível que se determine o pagamento sob pena de prisão ou de vedação ao exercício da profissão, do direito de ir e vir, etc.) (...)<sup>7</sup>.

Levando em conta o posicionamento exposto acima, a aplicação do artigo 139, IV, é desproporcional e sempre dependerá das vias ordinárias esgotadas para possibilitar a utilização das demais formas.

No formato jurídico atual, o devedor de uma obrigação traduz um sentimento de liberdade e conforto, uma vez que mesmo sem condições financeiras para cumprir seu débito, prossegue realizando outros negócios jurídicos, sem consequência da inadimplência anterior. Cabe, assim, ao Superior Tribunal de Justiça analisar o artigo 139, IV, nunca desviando do êxtase processo de execução, atentando também aos limites constitucionais.

Analisando o REsp 1180873, relatado pelo ministro Luis Filipe, a 4ª Turma do STJ relacionou a aplicação do artigo 3º da Lei 8.009/90 que trata sobre a impenhorabilidade do bem de família, vejamos:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. RENÚNCIA. DESCABIMENTO. IMÓVEL DE PROPRIEDADE DA MÃE DO DEVEDOR. PROVEITO ECONÔMICO REVERTIDO PARA O NÚCLEO FAMILIAR. INEXISTÊNCIA. NÃO INCIDÊNCIA DO INCISO V DO ART. 3º DA LEI 8.009/90. 1. A lei n. 8.009/90 é norma cogente e de ordem pública, por isso não remanesce espaço para renúncia à proteção legal quanto à impenhorabilidade do bem de família. 2. A exceção prevista no inciso V do art. 3º da lei 8.009/90, referente à “hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar”, restringe-se a situações em que a garantia foi ofertada para constituição de

7 GAJARDONI, Fernando: A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em 13/04/2018.

dívida que se reverte em proveito da própria entidade familiar, de modo que, nas hipóteses em que a hipoteca em verdade é suporte a dívida de terceiros, a impenhorabilidade do imóvel deve, em princípio, ser reconhecida. 3. No caso em apreço, muito embora o imóvel dado em garantia fosse de titularidade da mãe do devedor, este morava em município diferente, tinha família e economia próprias, além do que a dívida era particular (notadamente saldos negativos em conta-corrente), de sorte que a exceção do art. 3º, inciso V, da lei 8.009/90 não incide e a impenhorabilidade do imóvel deve ser reconhecida, porquanto não há mínimos indícios de que o ato de disponibilidade tenha se revertido em proveito do núcleo familiar da proprietária. 4. Recurso especial provido. (REsp 1180873/RS, Rel. ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/9/15, DJe 26/10/15)<sup>8</sup>.

Mesmo com a clareza da norma sobre a exceção da impenhorabilidade do bem de família, os Ministros fizeram um estudo e análise de acordo com as peculiaridades do caso e chegaram à conclusão de que apesar da genitora do devedor ter oferecido seu único imóvel residencial para obter o empréstimo, ainda assim o imóvel está protegido pelo manto da impenhorabilidade.

Ressalta-se também a importância da excepcionalidade e a forma subsidiária com que as medidas atípicas se relacionam com as medidas típicas, que devem se esgotar antes de aquelas serem aplicadas. Não obstante, em caso de cumulação de medidas atípicas com finalidade de serem adequadas, elas devem ser examinadas tanto de modo isolado como conjuntamente.<sup>9</sup>

Com efeito, liberdade e propriedade são valores de alto preço para a nossa sociedade e só devem sofrer limitação diante de circunstâncias cuja

8 JURISDIÇÃO. STJ. Recurso Especial nº 1180873, autuado em 26/2/10.

9 RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-necessario-dialogo-entre-doutrinae-jurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos>. Acesso em 13/04/2018.

intervenção estatal é imprescindível, e após o devido contraditório<sup>10</sup>, oportunizando ao executado esclarecer o descumprimento da obrigação de pagar e evitando a decisão surpresa, nos termos dos arts. 7º e 10, do CPC.

A nova potencialidade executiva pode representar um enorme passo no quesito de efetivar as decisões judiciais, porém, demandarão avanço cultural e jurídico para se consolidarem em nossa sistemática jurídica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Código de Processo Civil de 2015, sem dúvidas, foi revolucionário em diversos aspectos, sendo observado rapidamente, inovador em focar nos métodos alternativos para a solução de conflitos. Porém, o presente trabalho demonstra que demais aspectos que poderiam trazer maior eficácia e resultados no mundo jurídico não foram esquecidos.

As medidas atípicas já existiam no Código de Processo Civil anterior, de 1973, mas as recentes alterações e inserções no Código de 2015 merecem atenção, uma vez que foram dadas maiores opções para o magistrado fazer com que se cumpra determinada ordem judicial não adimplida pelo devedor.

Mesmo com a necessidade de as formas típicas já consolidadas deverem serem esgotadas para que seja aplicada uma medida atípica, estas trouxeram uma inovação no sentido da seguridade judicial, pois conforme exposto, havia, de forma geral, um desconforto ao credor ao perceber que o devedor realizava demais negócios jurídicos enquanto na condição de inadimplente para com o seu débito.

A questão ainda é muito divergente e alvo de debates jurídicos, não tendo as doutrinas ou jurisprudências uma posição final, porém, é inegável que as medidas atípicas já estão saindo do papel e sendo utilizadas, na

---

10 Defendendo a necessidade de o juiz observar a legalidade estrita e o contraditório, cf.: TUCCL, José Rogério Cruz. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em 13/04/2018.

forma ponderada e em respeito aos limites constitucionais, por diversos magistrados que, através de suas decisões, provaram seu êxito e efetividade.

Ainda falta muito caminho para que seja trilhada uma sólida aceitação e aplicação das medidas atípicas como forma de cumprimento da ordem judicial, mas aos poucos é possível concluir que este novo instituto trará maior eficiência ao processo executivo e inegável maior segurança e satisfação aos credores.

## REFERÊNCIAS

Defendendo a necessidade de o juiz observar a legalidade estrita e o contraditório, cf.: TUCCI, José Rogério Cruz. Ampliação dos poderes do juiz no novo CPC e princípio da legalidade. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-27/paradoxo-corte-ampliacao-poderes-juiz-cpc-principio-legalidade>. Acesso em 13/04/2018.

GAJARDONI, Fernando: A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em 13/04/2018.

GAJARDONI, Fernando: A revolução silenciosa da execução por quantia. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/a-revolucao-silenciosa-da-execucao-por-quantia>. Acesso em 13/04/2018.

<http://s.conjur.com.br/dl/cpc-artigo-139-juiz-poder-determinar1.pdf>. Acesso em 13/04/2018.

<https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERSÃO-DEFINITIVA-.pdf###LS> Acesso em 13 de abril de 2018.

JURISDIÇÃO. STJ. Recurso Especial nº 1180873, autuado em 26/2/10.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora JusPoiuim, 2016, p. 230-231.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil comentado artigo por artigo. Salvador: Editora JusPoiium, 2016, p. 230-231.

RODOVALHO, Thiago. O necessário diálogo entre a doutrina e a jurisprudência na concretização da atipicidade dos meios executivos. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/o-necessario-dialogo-entre-doutrinaejurisprudencia-na-concretizacao-da-atipicidade-dos-meios-executivos>. Acesso em 13/04/2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O que fazer quando o executado é um “cafajeste”? Apreensão de passaporte? Da carteira de motorista? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI245946,51045-O+que+fazer+quando+o+executado+e+um+cafajeste+Apreensao+de+passaporte>. Acesso em 13/04/2018.

TRECK, Lênio; NUNES, Dierle. Como interpretar o art. 139, IV, do CPC? Carta branca para o arbítrio? Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpc-carta-branca-arbitrio>. Acesso em 13/04/2018.

# A RECEPÇÃO DE AUTORES DE FALA ALEMÃ NO DIREITO BRASILEIRO: TOBIAS BARRETO, FUNDADOR DAS CIÊNCIAS JURÍDICAS NO BRASIL

**Ricardo Borrmann**

Mestre em ciência política pela Universidade Federal Fluminense e doutor em história cultural pela *Ludwig-Maximilians-Universität* (Munique/Alemanha). Pesquisador associado do Laboratório Cidade e Poder (LCP/UFF) e docente da Universidade de Bremen, na Alemanha.

(Recebido: 30/08/2018 Aprovado: 12/09/2018)

**RESUMO:** Este artigo aborda o contexto intelectual e político no qual se deu a recepção de autores de fala alemã no direito brasileiro do século XIX, destacando seus principais atores. Na primeira parte, será abordada a conjuntura histórica, focando a cultura jurídica e a importância das faculdades de direito para o panorama intelectual brasileiro em geral. Na segunda parte, serão analisados os casos específicos da recepção dos autores de língua alemã Rudolf von Jhering e Ernst Haeckel por Tobias Barreto e Sílvio Romero, os principais intelectuais do movimento da “Escola do Recife”. Tal análise histórica apontará para as raízes de uma perspectiva jurídica científica no Brasil, que questionou a tradição retórica “bacharelesca” e a escolástica-tomista influenciada pela cultura religiosa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Cultura jurídica, Autores de fala alemã, Tobias Barreto, Sílvio Romero.

**ABSTRACT:** The reception of German speaking authors in Brazilian

law: Tobias Barreto, founder of legal sciences in Brazil.

This paper addresses the political and intellectual context in which the reception of German speaking authors took place in Brazilian law of the 19<sup>th</sup>, underlying its main actors. In the first part it will approach the historical conjuncture, focusing the legal culture and the importance of the law schools for the Brazilian intellectual panorama in general. In the second part it will analyze the specific cases of the reception of German speaking authors Rudolf von Jhering and Ernst Haeckel by Tobias Barreto and Sílvio Romero, the main intellectuals of the “Recife School” movement. This historical analysis will point out to the roots of a scientific legal perspective in Brazil, that questioned the rhetoric “bachelor” tradition and the Thomistic-scholastic influenced by religious culture.

KEYWORDS: Legal culture, German speaking authors, Tobias Barreto, Sílvio Romero.

## I. MOTIVAÇÃO<sup>1</sup>

O pensamento jurídico e filosófico de fala alemã<sup>2</sup> é, desde muito tempo, objeto de certa fascinação na cultura jurídica brasileira. Em anos recentes, conceitos e teorias de autores alemães foram inclusive usados como fundamento em julgamentos célebres que receberam ampla cobertura midiática. Foi o caso, por exemplo, da “Teoria do Domínio do Fato”

<sup>1</sup> Este texto origina-se de conferência proferida originalmente no Seminário de Pesquisa “Intelectuais e Circularidade Cultural: Novas Perspectivas em História da Cultura Política”, organizado pelo Laboratório Cidade e Poder do Instituto de História da Universidade Federal Fluminense (LCP/UFF) no dia 19 de julho de 2017. O autor agradece aos coordenadores do LCP, os professores Gizlene Neder (História) e Gisálio Cerqueira Filho (Ciência Política), bem como aos demais palestrantes do evento: Daniella Diniz (Universidade de Columbia), Fábio Koifman (UFRRJ) e Henrique Cukierman (COPPE/UF RJ).

<sup>2</sup> Neste ensaio optou-se por usar o termo mais global “de fala” ou “de língua alemã”, pois a Alemanha como Estado Nacional unificado só passa a existir a partir de 1871 e alguns dos autores recepcionados tinham origens múltiplas, de outros territórios europeus de língua alemã.

(*Tatherr-schaft*),<sup>3</sup> de Claus Roxin (1931-),<sup>4</sup> que se tornou popular no contexto do julgamento no STF da Ação Penal 470, popularmente conhecida como “Caso do Mensalão”.<sup>5</sup>

Neste ensaio não se deseja avaliar a adequação da aplicação prática de teorias jurídicas estrangeiras na jurisprudência brasileira, mas chamar a atenção para as formas de recepção e apropriação de ideias, que estão intrinsecamente relacionadas ao seu contexto histórico e não são, portanto, jamais “neutras”. É neste sentido que será abordado nas páginas seguintes o tema da recepção primeva do pensamento de fala alemã no direito brasileiro, no último quartel do século XIX. Buscar-se-á ainda extrair algumas conclusões para a análise dos atuais caminhos da práxis jurídica no Brasil, com o objetivo de instigar o leitor a uma reflexão que aponte para novos caminhos de um “Direito em Movimento”, a contribuir com uma formação jurídica qualificada e crítica no país.

Voltando-se para o fenômeno da recepção de teorias estrangeiras no Brasil, em especial as de fala alemã, este ensaio analisará a atuação pioneira de um personagem intelectual quase esquecido pelo direito brasileiro atual e sobre o qual vale uma reflexão, devido à sua importância histórica: trata-se

3 Para maiores detalhes a respeito desta teoria, ver <https://gabrielabdalla.iusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato#ampshare> = <https://gabrielabdalla.iusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato>. Acesso em: 28 jul. 2018.

4 Mais sobre a contribuição de Roxin para o direito criminal no que tange ao “princípio da bagatela” (Bagatell-delikte) em FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. “O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro”. In: *Direito em movimento*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1 – 1°. Semestre 2018, p. 110-142/2018, p. 110-142.

5 A este respeito ver os seguintes artigos publicados no site ConJur: <https://www.conjur.com.br/2012-out-06/mazloun-dominio-fato-nao-exime-quem-acusa-onus-prova>; <https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/clauser-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf> e <https://www.conjur.com.br/2014-set-01/clauser-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato#author>. Acesso em: 08 fev. 2018. O jurista Alaor Leite esclarece que a “teoria do domínio do fato” não pode ser aplicada em casos de corrupção, nem tem o poder de condenar quem, sem ela, seria absolvido. Ou seja, ela não facilita, e sim dificulta condenações, tampouco dispensa provas ou atribui responsabilidade pela mera posição hierárquica. Ver ainda <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaao/2013/10/1358310-luis-greco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml?loggedpaywall>. Acesso em: 04 abr. 2018.

do sergipano negro<sup>6</sup> de nome Tobias Barreto de Menezes (1839-1889), pai, argumentar-se-á, das ciências jurídicas brasileiras.

O fenômeno da idealização do pensamento de fala alemã no direito brasileiro, e conseqüentemente da tradição romano-germânica, da qual o Brasil é, em teoria, herdeiro, é tão forte que muitos juristas brasileiros, no afã de obter o reconhecimento de seus pares, se sentem compelidos a demonstrar familiaridade com teorias de língua alemã e com alguns de seus conceitos, mesmo que este conhecimento não seja substancial.

A posição idealizada que o pensamento jurídico de fala alemã alcançou na cultura jurídica brasileira tem raízes históricas e propiciou a consolidação de mitos e idealizações ao longo da história do direito no Brasil. Mas qual seria a origem da recepção de ideias de fala alemã no direito brasileiro e quem foram os intelectuais brasileiros pioneiros neste processo? Quais foram os autores por eles recepcionados? Em qual contexto histórico-político se deu esta recepção? Estas são as perguntas norteadoras deste ensaio, baseado em tese de doutoramento em História Cultural, defendida na *Ludwig-Maximilians-Universität* (Munique, Alemanha), em 2017.<sup>7</sup>

## II. ESTRUTURA DO ENSAIO

Optou-se por abordar neste ensaio três temas principais:

---

<sup>6</sup> Na primeira versão deste texto, utilizou-se o termo “mulato”. No entanto, após entrar em contato com as reflexões da filósofa Djamilia Ribeiro, optou-se por mudá-lo. Ribeiro esclarece o seguinte: “A palavra, de origem espanhola, vem de ‘mula’ ou ‘mulo’: aquilo que é híbrido, originário do cruzamento entre espécies. Mulas são animais nascidos da reprodução de jumentos com éguas ou de cavalos com jumentas. Em outra acepção, são resultado da cópula do animal considerado nobre (*equus caballus*) com o animal dito de segunda classe (*equus africanus asinus*). Sendo assim, trata-se de uma palavra pejorativa para indicar mestiçagem, impureza, mistura imprópria, que não deveria existir. Empregado desde o período colonial, o termo era usado para designar negros de pele mais clara, fruto do estupro de escravas pelos senhores de engenho. Tal nomenclatura tem cunho machista e racista (...). A adjetivação ‘mulata’ é uma memória triste dos mais de três séculos de escravidão negra no Brasil (RIBEIRO, 2018, p. 99.) Por esta razão optou-se pelo termo negro.

---

<sup>7</sup> A tese tratou da recepção das ideias de Rudolf von Jhering e Ernst Haeckel por Tobias Barreto e Sílvio Romero, e intitulou-se “Die brasilianische Rezeption Rudolf von Jherings und Ernst Haeckels durch Tobias Barreto und Sílvio Romero: Instrumentalisierung(en), Netzwerke und transatlantische Ideenzirkulation”, Universidade de Munique, Tese (Doutorado em História Cultural), 2016.

1) Primeiro será traçado um breve panorama da história intelectual do Brasil nas últimas décadas do século XIX, especialmente no que se refere à formação jurídica e à importância das Faculdades de Direito na política e nas letras brasileiras. Expressões-chave serão “herança ibérica”,<sup>8</sup> a influência da Universidade de Coimbra, a tradição do absolutismo pombalino português<sup>9</sup> e a marca cultural francófona das elites intelectuais brasileiras.<sup>10</sup>

2) Em segundo lugar, serão abordados os casos específicos da recepção dos acadêmicos e professores universitários de língua alemã Ernst Haeckel (1834-1919), zoólogo, e Rudolf von Jhering (1818-1892), teórico do direito, pelos intelectuais e juristas brasileiros Tobias Barreto e Sílvio Romero (1851-1914). Nesta parte ganhará destaque a trajetória intelectual de Barreto até chegar à leitura e ao estudo dos autores de língua alemã, através de

<sup>8</sup> Sobre o tema da “herança ibérica” ver especialmente HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014 e FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3a ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

<sup>9</sup> Trata-se do que a pesquisadora Gizlene Neder denominou de “iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro”. Esclarece a historiadora: “A modernização e a renovação introduzidas no período pombalino não implicaram, contudo, um movimento ideológico e político radical, cujos efeitos práticos redundassem em transformação do *status quo*. Pelo contrário, a Ilustração, cujo raio de ação e impacto revolucionário devem ser matizados, significou, em Coimbra, uma redefinição modernizante do perfil da intelectualidade luso-brasileira, do ponto de vista metodológico (...), sem, contudo, produzir efeitos de ruptura com o viés autoritário e conservador do padrão de obediência e submissão, inculcados por um sistema reprodutor escolar e universitário mimético e pouco criativo, que, embora rompido com os jesuítas e com o escolasticismo, seguiu marcado pela presença do conservadorismo clerical. (...) No caso do Brasil, inclusive, só em décadas muito recentes o ensino universitário no campo da história, da sociologia e da economia passou a constituir-se num campo independente da influência de intelectuais formados em direito: jornalismo, administração pública, ensino de história, geografia, sociologia, economia, etc. De modo que muitos aspectos da obediência e submissão intelectual podem também ser notados no *habitus* desta intelectualidade no tempo presente” (NEDER, 2007, p. 19-20). Para maiores detalhes sobre as relações entre o absolutismo ilustrado pombalino e a cultura jurídica brasileira, ver Idem. Ver ainda FERNANDES, Fernando Augusto. “Vozes e emoções do passado, do futuro e do passado-futuro”. In: CERQUEIRA FILHO, Gisálio (org.). *Sulamérica – comunidade imaginada – emancipação e integração*. Niterói: EdUFF, 2011, p. 105-106.

<sup>10</sup> Ver VILLAÇA, Antônio Carlos. *O Pensamento Católico no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975. Neder acrescenta, que “...mesmo levando-se em conta a presença, na sociedade brasileira, das modernidades oriundas de diferentes partes da Europa (o francesismo nas atitudes e nos costumes da vida cotidiana – mais do que o elã revolucionário; os maneirismos que afetaram comportamentos e atitudes (...), pensamos ser possível identificar fortes laços que estabelecem um *continuum*, do ponto de vista ideológico-político e afetivo com Portugal” (NEDER, 2007, p. 18-19; itálico do original). A influência francesa na intelectualidade brasileira foi, portanto, uma influência filtrada pelo pragmatismo pombalista, que através da importância da cultura jurídica resvalou para a cultura acadêmica como um todo. Ver *ibidem*, p. 20.

uma análise “indiciária” de suas fontes e “práticas de leitura”.<sup>11</sup> As perguntas “o que leu” e “como leu” serão centrais. Sublinhar-se-á a formação jurídica de Barreto no Recife, a sua leitura dos periódicos e veículos franceses, marca inequívoca da influência intelectual francófona nas elites brasileiras, mas especialmente na formação jurídica de então: livros, traduções e autores franceses formavam parte integrante do “repertório”<sup>12</sup> de leituras dos bacharéis da época.<sup>13</sup> É justamente contra aquilo que constituía a formação tradicional no campo jurídico brasileiro – a retórica e a marca coimbreense –, que Barreto buscará romper através de suas “práticas de leitura” inovadoras, ao incluir novos autores ao repertório jurídico brasileiro. Cabe destacar aqui que Barreto iniciará suas leituras através de autores judeus e do campo liberal, fato que marcará a sua recepção do pensamento de língua alemã.

3) Por fim, analisar-se-á, a título de conclusão, o processo de “circulação cultural” em que Barreto esteve envolvido no XIX e os significados de sua recepção para a discussão historiográfica e o direito brasileiro atual.

### III. PERSPECTIVA DA ANÁLISE

Por que se justifica o enfoque sobre a recepção das ideias de Rudolf von Jhering e Ernst Haeckel dentre tantos outros nomes da história do pensamento? Primeiro porque constam dentre os autores de língua alemã mais citados por Tobias Barreto, e que parecem, portanto, ter exercido maior influência intelectual sobre este que é considerado o “pai” do movimento da “Escola do Recife”. Em segundo lugar, porque tanto Jhering quanto Haeckel

11 Sobre o paradigma indiciário, ver GINZBURG, Carlo. “Sinais: Raízes de um paradigma indiciário”. In: Idem. *Mitos, emblemas e sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 143-179.

12 Sobre o conceito de “repertório”, ver: BOURDIEU, Pierre. *Outline of a theory of practice*. 7th. ed. Cambridge: University Press, 2003. Ver ainda ALONSO, Angela. “Crítica e Contestação: o movimento reformista da geração de 1870”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, No. 44, outubro/2000, p. 46 e SWINDLER, Ann, “Culture in Action: Symbols and Strategies”. In: *American Sociological Review*, 51:2 (Apr., 1986), p. 273-286. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2095521>. Acesso em: 07 set. 2016.

13 Mais informações sobre a importância política que adquiriram os bacharéis na cultura política brasileira em: ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder. O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988 e VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

são autores que, apesar da importância que tiveram nas suas respectivas áreas do conhecimento – direito e zoologia –, foram relativamente pouco estudados no que tange à recepção e apropriação de suas ideias no exterior, em especial na América Latina.<sup>14</sup> Por outro lado, domina a perspectiva da “influência”, “transferência”<sup>15</sup> ou “importação” quando se trata do estudo da apropriação de suas ideias ao redor do mundo, mantendo-se a perspectiva eurocêntrica.

Por outro lado, a análise aqui proposta está relacionada aos pressupostos da história cultural e dos estudos pós-coloniais.<sup>16</sup> O foco da crítica aqui refere-se a uma antiga forma de se escrever a história das ideias no Brasil, que parte do pressuposto de uma evolução linear e positivista (em etapas) do pensamento. Esta perspectiva foi bastante influente no Brasil do pós-Guerra e ficou marcada, sobretudo, pelo trabalho de intelectuais ligados ao jurista do campo católico Miguel Reale (1910-2006), em torno do Instituto Brasileiro de Filosofia, tais como Luiz Washington Vita (1921-1968), João Cruz Costa (1904-1978), Paulo Mercadante (1923-2013), Antônio Paim (1927-), Nelson Saldanha (1933-2015) e Vamireh Chacon (1934-). Esta corrente analisou os autores e pensadores brasileiros em textos que se tornaram bibliografia básica da historiografia tradicional do pensamento

---

14 As exceções neste caso constituem os seguintes trabalhos: LOSANO, Mario G. “Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien”. In: Behrends, Okko (Org.). *Jherings Rechtsdenken: Theorie und Pragmatik in Dienste evolutionärer Rechtsethik*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, p. 77-96; Idem. *Un giurista tropicale. Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Roma: GLF editori Laterza, 2000; BREIDBACH, Olaf. “Haecckel-Rezeption um 1900”. In: JOHN, Jürgen e ULBRICHT, Justus H. (Org.). *Jena – Ein nationaler Erinnerungsort. Köln et. all.*: Böhlau, 2007, p. 431-444 e ALIX, Luis Manuel Lloredo. “Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Jhering”. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 148-155.

---

15 O conceito de “transferência cultural” se tornou particularmente popular a partir do trabalho de Michel Espagne: *Les transferts culturels franco-allemands*. 1. éd. Paris: Presses Univ. de France, 1999.

---

16 Para uma perspectiva da história cultural referida à intelectuais brasileiros no XIX, ver GRÜTZMANN, Ingart. “Intelectuais de fala alemã no Brasil do século XIX: o caso de Karl von Koseritz: (1830-1890)”. In: *História Unisinos* 11:1 (Janeiro/Abril 2007), p. 123-133 Ver ainda BURKE, Peter. *What is cultural history?*. Cambridge: Polity Press, 2007 e YOUNG, Robert J. C. “Postcolonialism”. In: Idem, *Empire, Colony, Postcolony*. 1. publ. Oxford: Wiley Blackwell, 2015, p. 149-177. A história cultural lida fundamentalmente com a análise de “práticas e representações”, ver: CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Lisboa: Difusão Editora, 1988.

no Brasil.<sup>17</sup> Em suas análises utilizaram-se de categorizações originárias do debate europeu em história da filosofia do século XIX, tais como “positivismo”, “evolucionismo”, “ecleticismo”, “monismo”, “darwinismo” etc., sem fazer a devida contextualização histórica dos respectivos processos de recepção e apropriação de ideias. Estas críticas às sistematizações de meados do século XX não anulam, porém, os méritos de terem contribuído em grande medida com o conhecimento a respeito de autores como Barreto e Romero, e da obra da “Escola do Recife”, possibilitando a divulgação de importantes fontes de pesquisa. No entanto, em suas análises, o contexto político-ideológico no qual se deu a recepção de ideias foi em grande medida deixado de lado ou analisado apenas secundariamente, bem como a questão das disputas político-religiosas nas quais estavam envolvidos os autores.<sup>18</sup> A historiografia tradicional tampouco foi capaz de avaliar a dimensão subjetiva dos intelectuais enfocados.<sup>19</sup> Trata-se de uma perspectiva de análise praticada por intelectuais do campo católico, como Miguel Reale e Antônio Carlos Villaça por exemplo, e remonta a trabalhos realizados entre os anos 40 e 70.<sup>20</sup> Ela se baseia numa espécie de hermenêutica, exegese (interpretação) de ideias que têm suas raízes nos estudos teológicos, tributários da escolás-

---

17 Ver, por exemplo, os seguintes trabalhos: COSTA, João Cruz. *Contribuição à história das idéias no Brasil. O desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956; REALE, Miguel. “O culturalismo da escola do Recife”. In: *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Sarai-va, 1956; PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966; MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil*. Contribuição ao estudo da formação brasileira. 2a. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972; MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio Paim. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo et al., 1972; PAIM, Antonio. *História das idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1974; MERCADANTE, Paulo. “As Raízes do Ecletismo Brasileiro”. In: CRIPPA, Adolpho (Org.). *As idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1978, p. 59-79; SALDANHA, Nelson “A ‘Escola do Recife’ na Evolução do Pensamento Brasileiro”. In: Idem, p. 81-114 e CHACON, Vamireh. *Formação das Ciências Sociais no Brasil (Da Escola do Recife ao Código Civil)*. Brasília et. al.: Paralelo 15 et. al., 2008.

---

18 Sobre as relações entre cultura política e cultura religiosa, ver NEDER e CERQUEIRA, 2007; NEDER, Gizlene. *Duas margens: idéias jurídicas e sentimentos políticos no Brasil e em Portugal na passagem à modernidade*. Rio de Janeiro: Revan et. al., 2011; NEDER, Gizlene. *Reformas políticas dos homens novos: Brasil império: 1830-1889*. Rio de Janeiro: Revan, 2016. Sobre a influência da subjetividade e dos afetos na política ver Autoritarismo. CERQUEIRA FILHO, Gisálpio. *Autoritarismo afetivo: a Prússia como sentimento*. São Paulo: Editora Escuta, 2005.

---

19 Ibidem.

---

20 Nota REALE, Miguel, 1956; Idem. “Introdução – Significado e Importância do Culturalismo de Tobias Barreto”. In: MERCADANTE e PAIM, 1972, p. 15-25 e VILLAÇA, 1975.

tica-tomista praticada pelos seminaristas em suas escolas, muito influente na formação adquirida na Faculdade de Direito do Largo do São Francisco em São Paulo, nas primeiras décadas do século XX.<sup>21</sup>

O que se considera aqui como uma perspectiva distinta da acima exposta, referida à história cultural? Os temas centrais a serem abordados dentro deste marco teórico são os da recepção e apropriação de ideias, processos sempre vinculados ao contexto histórico-cultural em que se inserem. A contextualização política e ideológica e as disputas nas quais os autores analisados estavam diretamente envolvidos devem fazer parte primordial da análise. Evita-se, dessa forma, uma análise apriorística do caráter ou do sentido de que se revestiram determinadas ideias.<sup>22</sup> Ganham importância, portanto, perguntas como em quais disputas político-ideológicas os autores estudados estavam envolvidos e quais as múltiplas apropriações realizadas: não se trata de apontar “faltas” ou “falhas” nas distintas formas de recepção de ideias, mas de verificar diversas apropriações num processo transatlântico de circularidade cultural vinculado à conjuntura política. Diferenças nas formas de recepção relacionam-se, dessa forma, diretamente ao contexto e às disputas intelectuais dos autores em seus meios, bem como às subjetividades envolvidas.<sup>23</sup> A perspectiva histórico-cultural exige um questionamento constante dos aspectos eurocêntricos envolvidos na análise, colocando em questão as ideias de “centro”, “periferia” e “atraso” no plano cultural.<sup>24</sup>

---

21 Consultar NEDER, 2007, p. 144-147 e VENANCIO FILHO, 2011, p. 36-39.

22 Para uma visão crítica sobre este ponto, ver SCHWARZ, Roberto. “As idéias fora do lugar”. In: Idem. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social no início do romance brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades et. all., 2000, p. 11-31.

23 Para a análise da dimensão da subjetividade na teoria política e na análise da ideologia, ver CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *A ‘Questão Social’ no Brasil: crítica do discurso político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982 e idem. *Análise social da ideologia*. São Paulo: EPU, 1988.

24 Para uma visão crítica à ideia de “atraso” nas formações políticas latino-americanas, ver MORSE, Richard. *O espelho de Próspero – cultura e idéias na América*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988 e NEDER, 2007, p. 35-38. Para uma crítica à “falta” de traços tipicamente europeus no sistema político-partidário brasileiro, ver ainda CERQUEIRA FILHO, Gisálio. “Em Busca do Oriente Perdido”. *Sociologia e Política. Textos para Discussão*. PUC-Rio. Departamento de Sociologia e Política, Ano 1, No. 1, Julho de 1988.

## IV. RELAÇÕES ENTRE HERANÇA IBÉRICA E CULTURA JURÍDICA

Foi a partir do último quarto do século XIX que autores de língua alemã receberam uma recepção mais sistemática na história intelectual brasileira. Ou seja, foi somente a partir de então que passaram a integrar de forma consistente o repertório intelectual e jurídico brasileiro. Este movimento deveu-se, em grande medida, à atuação de intelectuais do Nordeste, especialmente àqueles ligados à “Escola do Recife”, em particular a Tobias Barreto e Sílvio Romero. Este movimento partiu, portanto, do Recife e a partir daí ganhou contornos nacionais, influenciando a cultura jurídica brasileira como um todo.<sup>25</sup> Isto não quer dizer que autores ou pensadores de língua alemã não fossem lidos antes disso. Os viajantes e pesquisadores naturalistas Carl Friedrich von Martius (1798-1868) e Johann Baptist von Spix (1781-1826), por exemplo, ter-se-iam surpreendido ao constatarem que um filósofo do porte de Immanuel Kant (1724-1804) já era conhecido no Brasil nas primeiras décadas do século XIX, embora fundamentalmente a partir do comentador francês Charles François de Villers (1765-1815).<sup>26</sup> Assim, o fenômeno da mediação cultural francesa não lhes passou despercebido. Não obstante, foi somente a partir de Tobias Barreto, desde Pernambuco, que houve uma recepção mais sistemática do pensamento de língua alemã, quase a título de programa intelectual.<sup>27</sup> Esta recepção fez-se notar primeiramente na cultura jurídica, devido à influência da formação em direito nos intelectuais da “Escola do Recife” e na tradição intelectual do Brasil de um modo geral.

25 Ver ROMERO, Sylvio. Zéverissimações ineptas da crítica (repulsas e desabafos). 1ª série, 48. Porto: Oficinas do ‘Commercio do Porto’, 1909, p. 41. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>. Ver ainda NEDER, 2007, p. 143-144.

26 REALE, Miguel. “A Doutrina de Kant no Brasil”. In: CRIPPA, 1978, p. 225-238; COSTA, João Cruz. “Tobias Barreto, Ein Verkünder des ‘Germanismus’ in Brasilien”. In: SCHADEN, Egon e FOUQUET, Carlos (Org.). *Staden-Jahrbuch – Beiträge zur Brasilkunde*. São Paulo: Instituto Hans Staden, Bd. 5, 1957, p. 127-135 e VILLAÇA, 1975, p. 44.

27 Romero chamou a recepção realizada por Barreto de “propaganda de ideias” (ROMÉRO, Sylvio. *Evolução da litteratura brasileira (Vista synthetica)*. s/l.: Campanha, 1905, p. 41. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>).

Deve-se destacar ainda uma particularidade da recepção realizada por Barreto no que concerne às fontes de leitura: ele foi o primeiro a ler autores de língua alemã sem a mediação cultural francesa. Essa particularidade, entretanto, não constituiu uma tendência de caráter nacional, ficando restrita à esfera regional e local, em particular ao trabalho de Barreto. O movimento do Recife esteve intimamente vinculado à formação na Faculdade de Direito, pois posicionou-se criticamente quanto à tradição de ensino praticada ali, ligada aos velhos hábitos retóricos e bacharelescos.<sup>28</sup>

Tobias Barreto e Sílvio Romero são considerados os pais intelectuais do movimento que se iniciou no Recife, tradição inventada<sup>29</sup> sem dúvida, como de resto todas são, mas que de fato promoveria uma renovação na cultura brasileira<sup>30</sup>, particularmente no campo jurídico, mas não apenas restrita a este. Além disso, tanto Barreto como Romero fizeram parte da assim chamada “Geração luso-brasileira de 1870”, completada por escritores portugueses como Eça de Queiroz (1845-1900) e Antero de Quental (1842-1891).<sup>31</sup>

Como se deve, então, caracterizar a assim chamada “herança ibérica” nas letras brasileiras e como ela se fez presente na vida político-intelectual do Brasil?

28 VENANCIO FILHO, Alberto. “A Escola do Recife”. In: Idem, 2011, p. 95-112.

29 Ver ANDERSON, Benedict. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Revised Edition. London et. al.: Verso, 2002. Para uma análise referida à América Latina, ver a seguinte coletânea: CERQUEIRA FILHO, 2011.

30 “ (...) coube à Geração de 1870 a introdução do Brasil na ‘modernidade cultural’, na medida em que se propunha o rompimento com o pensamento religioso em prol de uma visão laica do mundo. Com efeito, a partir desse momento toma força um movimento de contestação à teoria do direito natural (...). A recepção dessas teorias científicas deterministas significava a entrada de um discurso secular e temporal que, no contexto brasileiro, transformava-se em instrumento de combate a uma série de instituições assentadas.” (SCHWARCZ, 1993, p. 197).

31 A este respeito consultar RODRIGUES-MOURA, Enrique. “Territorio, Moral y Nación en los pulpites de la Escuela. Olavo Bilac y Manoel Bomfim”. In: *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura* 183: 724 (marzo-abril, 2007), p. 227-241. Disponível em: <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/94>. Acesso em: 8 out. 2016.

A “herança ibérica”<sup>32</sup> liga-se à tradição política absolutista, patriarcal e autoritária, e ao regalismo da tradição lusa. Soma-se a ela o já mencionado “francesismo” cultural dominante nas elites políticas brasileiras e a retórica como traço marcante, herdado da influência jesuítica na formação jurídica brasileira. O referido francesismo das elites fez-se notar, particularmente, na cultura jurídica e no campo intelectual, através da influência das Faculdades de Direito do Recife e de São Paulo na vida cultural, mas deve-se também à circularidade de ideias e às estruturas sensórias herdadas de Portugal e centralizadas por Pombal (1699-1782). Assim, o pensamento francês e o liberalismo que aportaram no Brasil estiveram longe de representar o laicismo dos enciclopedistas e o radicalismo dos jacobinos. Foi um pensamento filtrado pela censura religiosa e que desembocou no Brasil através de um “liberalismo mitigado”, bem apropriado aos desejos de uma elite agrária e escravocrata no contexto da luta pela independência do domínio colonial português. Enquanto o referido liberalismo questionava o pacto colonial, não punha em xeque a monarquia, nem a estrutura social patriarcal assentada na escravidão.<sup>33</sup> Foi um pensamento liberal que conviveu com os traços religiosos da cultura política brasileira. Não colocava em questão, portanto, a influência religiosa na política, nem o caráter absolutista e autoritário da tradição monárquica. Foi dentro do contexto de crise do poder monárquico, a partir de 1870, que Tobias Barreto e Sílvio Romero formaram-se e começaram a atuar no jornalismo. Um breve exame da biografia de ambos os intelectuais demonstrará suas contribuições para uma reviravolta na cultura jurídica brasileira.

---

32 Ver HOLANDA, 2014 e FAORO, 2001.

33 Ver NEDER, Gizlene. *Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

## V. ESBOÇO BIOGRÁFICO DE BARRETO E ROMERO

Tobias Barreto era de origem humilde, já Sívlio Romero era herdeiro de antigos proprietários decadentes da economia açucareira nordestina.<sup>34</sup> Ambos sergipanos de origem e pertencentes à periferia da “açucarocracia”<sup>35</sup> nordestina. Desde cedo passaram a atuar no jornalismo político e se estabeleceram como advogados no interior. Através desta experiência, tornaram-se sensíveis às injustiças da estrutura social patriarcal e escravista brasileira.

Durante os anos 1870, Barreto viveu em Escada, no interior pernambucano. Na pequena cidade chegou a publicar periódicos em alemão, produzidos em sua própria gráfica, como o *Der Deutscher Kaempfer* (“Lutador” ou “Combatente Alemão”) e “Um Signal dos Tempos”.<sup>36</sup> Aprendeu o idioma alemão como autodidata, sem qualquer recurso pedagógico mais apurado, e chegou a dominá-lo com correção. Foi através destes jornais que pôde divulgar suas ideias para além das fronteiras do Nordeste, conquistando, com isso, novas camadas de leitores no âmbito nacional, sobretudo dentre círculos de fala alemã no Sul e Sudeste. Foi recepcionado especialmente pelo jornalista, publicista e intelectual teuto-gaúcho Karl von Koseritz.<sup>37</sup> Importante figura do jornalismo rio grandense, Koseritz divulgou os escritos de Barreto em seus jornais e lhe abriu novos contatos com correspondentes de língua alemã, dentro e fora do Brasil, o que lhe possibilitou ser recepcionado no exterior como “germanista” e defensor da cultura alemã em Pernambuco.<sup>38</sup>

34 A título de biografias de Barreto e Romero recomenda-se as seguintes: LIMA, Hermes. *Tobias Barreto (A Época e o Homem)*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957 e MENDONÇA, Carlos Süsskind de. *Sívlio Romero – Sua formação intelectual 1851-1880*. São Paulo et. al.: Companhia Editora Nacional, 1938. Disponível em: <http://www.brasiliana.com.br/brasiliana/colecao/obras/213/sivio-romero-sua-formacao-intelectual-1851-1880-com-uma-indicacao-bibliografica>. Acesso em: 01 ago. 2018.

35 Termo referido por LIMA, *Op. cit.*, p. 26.

36 BARRETO, Luiz Antonio. “Tobias Barreto: Uma Biobibliografia”. In: BARRETO, Tobias. *Monografias em alemão*. Rio de Janeiro: Record; Brasília, DF: INL, 1990, p. 11-38.

37 ROMÉRO, Sívlio, 1905, p. 119-120.

38 Exemplo desta recepção no exterior consiste no perfil publicado sobre Tobias Barreto no periódico *Die Gar-*

Já Romero mudou-se para o Rio de Janeiro em meados da década de 1870. Na cidade atuou como advogado, político e, posteriormente, tornou-se professor da cadeira de filosofia do renomado Colégio Pedro II e da Faculdade Livre do Rio de Janeiro.<sup>39</sup> Na virada do século, participou ainda da Comissão Revisora do Código Civil redigido por Clóvis Beviláqua (1859-1944), este também ex-aluno do Recife.<sup>40</sup> Naquela ocasião, Romero defendeu o Código dos ataques de Rui Barbosa, ex-aluno de São Paulo. Na Comissão travou-se um embate entre as visões mais liberais da Escola do Recife e aquelas mais conservadoras de São Paulo, onde a herança religiosa, sobretudo franciscana, foi marcante.<sup>41</sup>

Em 1882 Barreto tornou-se professor da Faculdade de Direito do Recife. Através de suas ideias, o sergipano impactou a juventude estudantil da época, como lembra Graça Aranha (1868-1931), um de seus alunos e discípulos.<sup>42</sup> Barreto morreria relativamente jovem, um pouco antes da proclamação da República, em 1889, com apenas 50 anos e na pobreza. Romero faleceu em 1914, após tornar-se membro-fundador da Academia Brasileira de Letras, a partir de sua fundação em 1897. A influência de ambos foi

---

tenlaube, espécie de revista Time da época. Ver WAELDLER, Alfred. "Der 'deutsche Kämpfer' von Pernambuco". In: *Die Gartenlaube – Illustriertes Familienblatt*. Leipzig: Ernst Keil, Jahrgang 1879, No. 42, p. 700-703. Disponível em: [https://archive.org/details/bub\\_gb\\_9VxRAAAAYAAJ](https://archive.org/details/bub_gb_9VxRAAAAYAAJ).

39 Ver VITA, Luís Washington, "Introdução". In: ROMERO, Sílvio. *Obra Filosófica*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969, p. XIV e VENTURA, Roberto. "História e Crítica em Sílvio Romero". In: ROMERO, Sílvio. *Compêndio de história da literatura brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 13-15.

40 Para uma visão crítica a respeito da construção biográfica da figura de Beviláqua, ver SILVA, Wilton C. L. *A construção biográfica de Clóvis Beviláqua: Memórias de admiração e de estigmas*. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016.

41 Ver NEDER, 2007, p. 145-146.

42 Sobre Barreto, Aranha afirma: "O que ele dizia era novo, profundo, sugestivo. Abria uma nova época na inteligência brasileira e nós recolhíamos a nova semente, sem saber que ela frutificaria em nossos espíritos, mas seguros que por ela nos transformávamos. Estes debates incomparáveis eram pontuados pelas contínuas ovações que fazíamos ao grande revelador. Nada continha nosso entusiasmo. (...) Prossequíamos impávidos, certo de que, conduzidos por Tobias Barreto, estávamos emancipando a mentalidade brasileira, afundada na teologia, no direito natural, em todos os abismos do conservadorismo. (...) nunca mais me separei de Tobias Barreto (ARANHA, Graça. *O Meu Próprio Romance*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1931, 147-152 *Apud* VENANCIO FILHO, 2011, p. 99-110).

marcante no pensamento social, político e jurídico brasileiro. Não obstante, em especial no tocante à recepção de ideias de língua alemã que realizaram, são ainda pouco conhecidos pelos juristas da atualidade.

## VI. RECEPÇÃO DE IDEIAS DE LÍNGUA ALEMÃ NO CAMPO JURÍDICO

Através da sua “propaganda de ideias”, como a denominara Romero,<sup>43</sup> Barreto foi o pioneiro na recepção sistemática de autores de língua alemã. Se hoje conceitos e juristas de língua alemã são lidos e estudados, ou pelo menos citados com frequência na formação jurídica brasileira, ainda que muitas vezes apenas de forma superficial,<sup>44</sup> isto deve-se em grande medida aos esforços de Barreto e Romero em recepcionar o pensamento de fala alemã num contexto de dominância da cultura intelectual francesa. Sem dúvida, recepcionar e ler autores alemães foi um ato de insurgência da parte dos sergipanos no XIX, o que não esteve despido de consequências pessoais: Barreto pagou caro pela sua inovação epistemológica, que lhe garantiu ataques e difamações na mídia. Foi ridicularizado por alguns intelectuais, especialmente do campo católico e conservador, que lhe chamaram de “Lutero-mirim” e sua escola de “teuto-sergipana”.<sup>45</sup> Ler o alemão naquela época era considerado uma extravagância, especialmente partindo de um negro sem atestado de nobreza familiar. Além disso, Barreto propôs-se a aprender o idioma alemão a fundo e a ler os autores diretamente dos textos originais, abdicando da mediação dos comentadores e das traduções francesas.

Como qualquer jurista de sua época, Barreto começou sua trajetória marcado pelos hábitos da formação jurídico-bacharelesca da Faculdade do

43 Ver ROMERO, 1909, p. 41.

44 Este é o caso, por exemplo, do teórico do direito austríaco e de origem judaica, Hans Kelsen (1881-1973), recepcionado no Brasil como “positivista”, sem qualquer perspectiva ou entendimento crítico aprofundado sobre o que o termo representa na cultura jurídica de língua alemã.

45 Ver BARRETO, Tobias. *Estudos Allemães*. 1a. série Recife: Typographia Central, 1883, p. 2 e ROMÉRO, Sylvio, 1905, p. 115-117.

Recife e pelas leituras dos autores e veículos franceses consumidos pela elite intelectual do país. Leu especialmente o influente periódico *Revue de Deux Mondes*, leitura preferida do Imperador.<sup>46</sup> Curioso, no entanto, e sintomático da grande virada epistemológica que Barreto promove no pensamento jurídico da época, é perceber que ele vai se afastando das leituras francesas e introduz aos poucos menções a autores de língua alemã.

Barreto inicia sua jornada na cultura intelectual e acadêmica de fala alemã principalmente através dos autores de origem judaica e de corte liberal.<sup>47</sup> A partir desta influência, Barreto reforça a sua visão liberal, radicalizando-a. Este período também coincide com a sua atuação politicamente engajada na imprensa,<sup>48</sup> a partir de 1870, e sua filiação ao Partido Liberal.<sup>49</sup> Devido a esta recepção de autores judeus, Barreto tornou-se sensível à questão do antissemitismo na Europa de fins do XIX. Além disso, também recusaria o racismo (até mesmo por ser negro num país escravista e patriarcal), considerado por muitos como um argumento “científico” na época, inclusive por seu amigo Romero. Ao recusar o racismo biológico, Barreto chega ao ponto de rechaçar a sociologia nascente, em sua maioria determinista.<sup>50</sup>

Pela sua audácia de aproximar-se de uma cultura “protestante” em país “católico”, Barreto foi estigmatizado, mas seu esforço lhe permitiu uma ver-

---

46 SODRÉ, Nelson Werneck. *História da imprensa no Brasil*. São Paulo et. all.: INTERCOM et. all., 2011, p. 295-296.

---

47 É o caso do orientalista Georg Heinrich August Ewald (1803-1875), com grandes contribuições no campo da linguística.

---

48 Sobre a imprensa, Gizlene Neder afirma o seguinte: “...o surgimento da imprensa liberal [a partir dos anos 1860] e de oposição à hegemonia do Partido Conservador, que já durava cerca de duas décadas era a grande novidade política.” Ver NEDER, 2016, p. 26. Tobias Barreto sem dúvida fez parte deste movimento do “jornalismo literário e político” em Pernambuco. Ver ainda VENANCIO FILHO, Alberto. “O Ensino Jurídico no Império”. In: Idem, 2011, p. 136-163.

---

49 Nota LIMA, 1957, p. 49-50.

---

50 A este respeito ver BARRETO, Tobias. “Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações anti-sociológicas”. In: Idem. *Estudos de filosofia*. 3ª ed. comemorativa. Rio de Janeiro et. all.: Record et. all., 1990, p. 292-332.

dadeira imersão nas ideias de língua alemã. A novidade desencadearia mudanças profundas na história do direito brasileiro e no pensamento social e político como um todo. Naquela conjuntura de fins do século, a cultura jurídica dava seus primeiros passos no sentido da construção de uma disciplina de bases científicas. A recepção de autores de língua alemã por Barreto foi fundamental neste sentido.

Dentre as principais leituras de Barreto estiveram Jhering e Haeckel, seus verdadeiros heróis na batalha contra a metafísica escolástico-tomista, o jusnaturalismo, a retórica na formação jurídica e o apego às fontes romanas, estas muito em evidência a partir da Escola Histórica de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), lido através de traduções do francês.<sup>51</sup> O tema da mediação cultural francesa foi tomada por Barreto como um sintoma dessa cultura jurídica retórica e bacharelesca, que ele passa a combater em seus escritos. Nos seus embates com setores religiosos na mídia impressa, em especial aqueles católico-tomistas, Barreto se apropriará dos dois acadêmicos mencionados de forma autônoma, para defender suas posições liberais e anticlericais num contexto de crise política da monarquia e do regime escravocrata. As abordagens sistemáticas em teoria da evolução a partir de Haeckel, bem como a filosofia jurídica finalística de Jhering serviram de modelo para a absorção de novas fontes na cultura científica que se desenvolveu no Brasil a partir de então. Por meio de sua recepção inovadora, o sergipano contrapunha-se a tudo aquilo que representava o *establishment* da cultura jurídica no XIX: romantismo, ecletismo, lei natural, tomismo e positivismo (comteano), este último absorvido com entusiasmo por partes das elites políticas e do campo republicano, sobretudo a partir das escolas militares.<sup>52</sup>

51 Ver NEDER e CERQUEIRA FILHO, 2007, p. 119-120 e BORRMANN, Ricardo G. "Cultura Política Germânica, Relações de Força e Recepção no Brasil a partir do Pensamento de Rudolf von Jhering, Ernst Haeckel e Hans Kelsen (1879-1939)". In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Vol. 3 – No. 3 – Setembro a Dezembro (2011), p. 398-414. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v3n3a32011.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

52 Sobre o positivismo no Brasil, ver LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. 2a ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967 e PAIM, Antonio. "Introdução". In: Idem (seleção e introdução). *O Apostolado Positivista e a República*. Biblioteca do Pensamento Político Republicano. Vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 3-9.

Merece destaque ainda a recepção do evolucionismo de Haeckel realizada por Sílvio Romero. Apesar de ter contribuído com a divulgação do pensamento e dos escritos de Barreto após a sua morte, a posição de Romero contrasta com a recepção barretiana, e pode ser vista como sintomática da marca da cultura francesa na intelectualidade brasileira. Isto malgrado as críticas que o próprio Romero fazia aos hábitos da elite intelectual brasileira:<sup>53</sup> no fundo ele próprio era um produto desta elite. Ao contrário do amigo e conterrâneo Barreto, Romero nunca se propôs a aprender o alemão com profundidade. Dizia que até os papagaios falam idiomas.<sup>54</sup> Uma análise detalhada das fontes de leitura e citações em *A Philosophia no Brasil* (1878), primeira publicação de maior relevo de Romero, e da sua monumental *História da Litteratura Brasileira* (1888), demonstra que ele permaneceu ligado às influências da juventude, particularmente aos positivistas e deterministas.<sup>55</sup>

Sobre a influência positivista afirmou o seguinte:

“...outr’ora seu sectario, na ramificação dirigida por E. Littré, só o deixei quando livros mais desprevenidos e fecundos me chegaram às mãos. Comte só foi largado por amor a Spencer, a Darwin, a Haeckel, a Büchner, a Vogt, a Moleschott, a Huxley, e ainda hoje o lado inatacavel, aquillo que sempre restará de sua brilhante organização philosophica, me prende completamente.”<sup>56</sup>

Como se depreende a partir da citação, Romero foi muito influenciado pelo social-determinismo de Herbert Spencer (1820-1903) e pelo

---

53 Veja-se como exemplo o emblemático caso da defesa de tese de Romero em 1875 na Faculdade do Recife: MENDONÇA, 1938, p. 124-130.

---

54 ROMÉRO, 1909, p. 70.

---

55 Ver ROMÉRO, Sylvio. *A Philosophia no Brasil – Ensaio Crítico. Apontamentos para a História da Litteratura Brasileira no Século XIX*. Porto Alegre: Typographia da “Deutsche Zeitung”, 1878. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/> e ROMÉRO, Sylvio. *História da Litteratura Brasileira*. Tomo Segundo (1830-1877) Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1888. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>.

---

56 Optou-se por manter a grafia original do texto. Ver ROMERO, 1878, p. 61.

determinismo geográfico de Thomas Buckle (1821-1862) nas suas análises literárias e cultural-etnológicas. Portanto, devido à sua apropriação particular do evolucionismo de Haeckel, em chave determinista-positivista, Romero absorveu também os pressupostos do racismo científico presentes no debate europeu de então, que consideravam a “raça” branca como superior. Por outro lado, Romero conferiu destaque em seus estudos à “mestiçagem” cultural e racial, retomando uma ideia lançada pelos viajantes europeus, em especial por Martius<sup>57</sup>, de que a particularidade da identidade brasileira residia na mestiçagem da população.<sup>58</sup> Ao ver a “mestiçagem” como algo positivo, Romero lançou as bases para os estudos culturais e etnológicos afro-brasileiros e para a valorização das tradições folclóricas e populares.<sup>59</sup> Por meio de sua recepção do evolucionismo haeckeliano, formulou os pressupostos para uma “teoria do branqueamento”, marca do racismo brasileiro.<sup>60</sup> Esta teoria, ou “ideologia”, daria suporte às políticas eugênicas oficiais de incentivo à imigração europeia nas primeiras décadas do século XX no Brasil.<sup>61</sup> A ideia romeriana da particularidade brasileira como “cultura mes-

---

57 O texto de Martius “Como se deve escrever a história do Brasil”, publicado em francês na revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro em 1845 – e até hoje sem tradução para o português – foi resultado de um concurso público aberto pelo Instituto e muito influenciou os intelectuais da época, em especial Sílvio Romero e Francisco Adolfo de Varnhagen (1816-1878). O crítico literário Roberto Ventura (1957-2011) esclarece que: “Martius estabeleceu as linhas de um projeto historiográfico, capaz de garantir uma identidade específica à nação em processo de construção, ao gerar o mito da democracia racial. Cabe ao historiador revelar a missão reservada ao país: realizar a mescla de raças, sob a tutela do Estado. Ao mesmo tempo, atribuiu ao elemento branco um papel civilizador, que assegurava o predomínio político e cultural da coroa e dos grupos letrados. Esse projeto sincrético foi levado à frente por Francisco Adolfo de Varnhagen (...) e por Sílvio Romero (...). Ambos abraçaram a idéia da ‘nação’ como unidade racial e cultural, resultante do cruzamento das três raças, rumo ao progressivo branqueamento”. VENTURA, Roberto. *Estilo tropical: história cultural e polêmicas literárias no Brasil, 1870-1914*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991, p. 42.

---

58 Ver CANDIDO, Antonio. *O método crítico de Sílvio Romero*. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006 e VENTURA, Op. cit.

---

59 Ver ROMERO, Sílvio. *Estudos sobre a Poesia Popular do Brasil*. 2º. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1977.

---

60 HOFBAUER, Andreas. “O conceito de ‘raça’ e o ideário do ‘branqueamento’ no século XIX – Bases ideológicas do racismo brasileiro”. In: *Teoria e Pesquisa*, 42 e 43, janeiro-julho de 2003, p. 63-110.

---

61 Sobre as políticas eugenistas e o racismo no Brasil, ver KERN, Gustavo da Silva. “Teorizações eugenistas no Brasil: melhoramento racial, eugenia e educação”. In: *XANPED SUL*, Florianópolis, outubro de 2014, 16p. Disponível em: [http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq\\_pdf/1939-0.pdf](http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/1939-0.pdf). Acesso em: 21 mar. 2018.

tiça”<sup>62</sup> exerceu grande influência sobre as ideias sociológicas de Gilberto Freyre (1900-1987) em “Casa-Grande e Senzala” (1933), obra fundamental na construção do mito de uma democracia racial brasileira.<sup>63</sup>

A influência da cultura científica alemã em Barreto é ainda claramente visível em pelo menos dois momentos de sua trajetória político-profissional: na sua atuação forense e como político regional no parlamento em Recife, entre 1878 e 1879. Ele foi um dos primeiros a defender o direito das mulheres à educação superior como condição para a sua emancipação, apoiando-se nas teorias feministas da época e combatendo, “através das ideias de Haeckel, as teorias sobre a inferioridade intelectual das mulheres, baseadas nos estudos de medição de massa cefálica, muito populares na época. No direito e na atividade forense que desenvolveu, Barreto utilizou-se das ideias de Jhering para lutar pela garantia de direitos às populações privadas do acesso à justiça. Ao defender uma interpretação do direito como criação cultural e humana, sujeito, portanto, a interesses e fins concretos, ele pôs em prática uma visão mais sociológica do direito, voltada para a resolução de conflitos. Libertando-se do debate metafísico e do jusnaturalismo no direito, rompeu com a moralidade católico-tomista presente nas ideias de caridade ou benevolência. Por fim, afastou-se também das noções de leis naturais e do excessivo recurso ao estudo das fontes romanas, contrapondo-lhes uma concepção ampla em direitos civis, associada a garantias e direitos individuais. Com isso, pode-se dizer que Barreto foi responsável pelos primeiros passos na direção de uma nova tradição jurídica de bases científicas no Brasil.

62 Sobre este ponto, Romero afirma o seguinte: “Todo brasileiro é um mestiço, quando não no sangue, nas ideias” (ROMERO, Sílvio. “Introdução à História da Literatura Brasileira”. In: Revista Brasileira (2a fase), v. VIII, 1881, p. 232-233 apud CANDIDO, 2006, p. 105). Como se fosse possível haver um sangue “puro”, ou seja, “não mestiço”.

63 Ver VENTURA, 1991, p. 65-68. Para uma perspectiva crítica sobre a formação intelectual de Gilberto Freyre e suas relações com a cultura religiosa, ver COELHO, Cláudio Marcio. *Religião e história: em nome do pai: Gilberto Freyre e Casa-Grande e Senzala, um projeto político salvífico para o Brasil (1906-1933)?*. Tese (Doutorado em História), Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, 2016, 348p. Ver ainda FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Círculo do Livro, s/d.

Barreto denunciaria em seus discursos no parlamento do Recife a influência da cultura religiosa travestida de argumentos científicos na política brasileira:

“Pelo que toca (...) ao ponto de vista civil, não há dúvida de que se faz necessário emancipar a mulher do jugo de velhos prejuízos, legalmente consagrados. Entre nós, nas relações da família, ainda prevalece o princípio bíblico da sujeição feminina. A mulher ainda vive sob o poder absoluto do homem. Ela não tem, como devera ter, um direito igual ao do marido, por exemplo, na educação dos filhos: curva-se, como escrava, à soberana vontade marital. Essas relações, digo eu, deveriam ser reguladas por um modo mais suave, adequado à civilização.”<sup>64</sup>

## **X. CONCLUSÃO: CIRCULARIDADE CULTURAL E RELEITURAS CATÓLICAS NOS SÉCULOS XX E XXI**

Este ensaio analisou processos de circularidade cultural e de ideias entre Europa e Brasil no fim do Segundo Reinado. Desta forma, buscou contribuir com uma visão crítica sobre determinadas ideias ainda vigentes na história do pensamento brasileiro, como as de “influência” cultural ou de “importação de ideias” da Europa para o Brasil (e para o resto do mundo) no campo da cultura. Visou-se aqui relativizar categorizações fixas como “centro”, “periferia” e “atraso” na história cultural, que se tornaram populares no campo do pensamento jurídico e econômico. Os intelectuais brasileiros, como demonstra o caso de Tobias Barreto, estavam conectados com o que se passava no mundo e fizeram uma recepção interessada das ideias estrangeiras, adaptando-as à sua realidade e às disputas político-ideológicas em que estavam envolvidos.

Diante deste panorama, argumenta-se, Barreto e Romero participaram ativa e criativamente dos debates intelectuais e científicos levados a cabo no exterior, tomando parte em um amplo processo de circulação transatlântica

64 BARRETO, Tobias. “A Educação da Mulher II”. In: Idem. *Crítica política e social: edição comemorativa*. Rio de Janeiro: Record; Brasília: INL, 1990, p. 170.

de ideias.<sup>65</sup> Estes intelectuais foram tanto influenciados por ideias do exterior como também influenciaram os rumos do pensamento com apropriações e aportes novos, que marcaram a recepção de determinadas teorias e lhes conferiram nova coloração local. A recepção de autores de língua alemã como Haeckel e Jhering permitiram a Barreto e a Romero realizar, respectivamente, uma reviravolta no direito brasileiro e nos estudos culturais.<sup>66</sup>

A análise da recepção dos referidos autores por Barreto no século XIX não condiz, portanto, com referências feitas ao seu nome, vinculando-o a Deus e à Escola de Direito do Largo do São Francisco, em discursos político-ideológicos do ano de 2016, no bojo do processo de *impeachment* da Presidenta Dilma Rousseff. Como demonstra a citação acima, inspirado nas teorias sociológicas de Jhering e no evolucionismo de Haeckel, o intelectual sergipano opunha-se à influência da cultura religiosa na política e advogava uma concepção ampla em direito civil, voltada para o estatuto legal de garantias individuais. A atuação intelectual de Barreto associa-se à reflexão filosófica e sociológica<sup>67</sup> no pensamento jurídico do movimento da “Escola do Recife”, de que foi inspirador, inaugurando uma tradição científica em direito no Brasil. Ademais, suas ideias não encontraram eco na Faculdade de Direito de São Paulo, como se quis sublinhar já no século XX. A formação em São Paulo foi marcada pelo pragmatismo político, pela herança religiosa franciscana e pelo foco em direito processual.<sup>68</sup> Como pode-se ver pelos discursos

---

65 Sobre o tema da circulação transatlântica de ideias ver NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Idéias jurídicas e autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007 e NEDER, Gizlene e BARCELOS, Ana Paula Ribeiro da. “Intelectuais, circulação de ideias e apropriação cultural – Anotações para uma Discussão Metodológica”. In: *Passagens. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Vol. 1 – No. 1 – Janeiro a Junho (2009). Disponível em: <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n1a2.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

---

66 SCHWARCZ, Lília Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 197.

---

67 Seu biógrafo afirma: “Para Tobias, o espetáculo das idéias era o mais belo, o que mais fascinava. Interpretar o mundo, possuir os fios que nos conduzissem através de perplexidades e de questões perturbadoras, parecia-lhe a mais alta, a mais nobre função da inteligência”. LIMA, 1957, p. 19.

---

68 NEDER, Gizlene, 2007, p. 144-145 e FERNANDES, Fernando Augusto. *Poder e saber: campo jurídico e ideologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 29-47.

políticos de Barreto e por suas ideias jurídicas, ele representava a antítese disto: o liberalismo radical, o anticlericalismo e o antitomismo.

Esta tentativa de apropriação das ideias de Barreto na Faculdade de São Paulo remonta à releitura proposta por Miguel Reale e seu grupo em torno ao Instituto Brasileiro de Filosofia, no imediato Pós-Guerra. Em sua apropriação do pensamento de Barreto, Reale tentou mitigar os traços radicais do liberalismo anticlerical e laico do intelectual sergipano. Tal releitura ia ao encontro do humanismo católico-tomista, muito em voga nos círculos católicos da época,<sup>69</sup> e inspirado nas ideias de Jacques Maritain (1882-1973). Além do que, Reale, integralista convicto na juventude,<sup>70</sup> fizera sua formação na Escola de Direito do Largo de São Francisco. É na crítica a esta reapropriação e domesticação do radicalismo contido no pensamento do jurista Tobias Barreto que este trabalho se coloca, restaurando, a partir da análise de sua recepção de autores de língua alemã, sua devida contribuição à tradição científica no direito brasileiro, baseada em conceitos filosóficos e na reflexão sociológica.

Sempre que um jurista brasileiro fizer referência a algum termo jurídico de difícil pronúncia em alemão, deve-se ter em mente o significado histórico inovador e rebelde que teve a recepção, no século XIX, realizada por Tobias Barreto de Menezes do pensamento de língua alemã no direito brasileiro, por mais que hoje as coisas tenham mudado e o recurso ao pensamento jurídico de língua alemã não represente mais rebeldia, mas tenha sido absorvido pelo *mainstream* como signo de prestígio e distinção. Na época, Barreto inaugurava uma tradição liberal radical no direito brasileiro, a romper com a retórica vazia, a influência da religiosidade e a tradição autoritária na cultura política brasileira.

---

69 VILLAÇA, 1975, p. 14.

70 BERTONHA, João Fábio. "Corporativist Thinking in Miguel Reale: Readings of Italian Fascism in Brazilian Integralism". In: *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 33, no. 66, 2013, p. 225-242. Disponível em: <https://joaofabiobertonha.files.wordpress.com/2017/02/miguel-realeenglish.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

## REFERÊNCIAS

### Fontes primárias:

BARRETO, Tobias. *Estudos Allemaes*. 1ª. série Recife: Typographia Central, 1883.

BARRETO, Tobias. “A Educação da Mulher II”. In: Idem. *Crítica política e social: edição comemorativa*. Rio de Janeiro: Record; Brasília: INL, 1990, p. 162-182.

BARRETO, Tobias. “Glosas heterodoxas a um dos motes do dia, ou variações anti-sociológicas”. In: Idem. *Estudos de filosofia*. 3ª. ed. comemorativa. Rio de Janeiro *et. all.*: Record *et. all.*, 1990, p. 292-332.

ROMÉRO, Sylvio. *A Philosophia no Brasil – Ensaio Crítico. Apontamentos para a História da Litteratura Brasileira no Século XIX*. Porto Alegre: Typographia da “Deutsche Zeitung”, 1878. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>.

ROMÉRO, Sylvio. *História da Litteratura Brasileira*. Tomo Segundo (1830-1877) Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1888. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>.

ROMÉRO, Sylvio. *Evolução da litteratura brasileira (Vista synthetica)*. s/l.: Campanha, 1905, p. 41. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>.

ROMERO, Sylvio. *Zéverisimações ineptas da critica (repulsas e desabafos)*. 1ª série, 48. Porto: Oficinas do ‘Commercio do Porto’, 1909, p. 41. Disponível em: <http://www.brasiliana.usp.br/>.

ROMERO, Sílvio. *Estudos sobre a Poesia Popular do Brasil*. 2ª. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1977.

WAELDLER, Alfred. “Der ‘deutsche Kämpfer’ von Pernambuco”. In: *Die Gartenlaube – Illustriertes Familienblatt*. Leipzig: Ernst Keil, Jahrgang 1879, No. 42, p. 700-703. Disponível em: [https://archive.org/details/bub\\_gb\\_9VxRAAAAYAAJ](https://archive.org/details/bub_gb_9VxRAAAAYAAJ).

### Literatura secundária:

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder. O Bacharelismo Liberal na Política Brasileira*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

ALIX, Luis Manuel Lloredo. “Ideología y filosofía en el positivismo jurídico de Rudolf von Jhering”. Dissertação (Doutorado em Direito). Universidad Carlos III de Madrid, 2010.

ALONSO, Angela. “Crítica e Contestação: o movimento reformista da geração de 1870”. In: *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. Vol. 15, Nº. 44, outubro/2000, p. 35-55.

ANDERSON, Benedict. *Imagined Communities. Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Revised Edition. London et. all.: Verso, 2002.

BARRETO, Luiz Antonio. “Tobias Barreto: Uma Biobibliografia”. In: BARRETO, Tobias. *Monografias em alemão*. Rio de Janeiro: Record; Brasília, DF: INL, 1990, p. 11-38.

BERTONHA, João Fábio. “Corporativist Thinking in Miguel Reale: Readings of Italian Fascism in Brazilian Integralism”. In: *Revista Brasileira de História*. São Paulo, v. 33, no. 66, 2013, p. 225-242. Disponível em: <https://joaofabiobertonha.files.wordpress.com/2017/02/miguel-realeenglish.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BORRMANN, Ricardo G. “Cultura Política Germânica, Relações de Força e Recepção no Brasil a partir do Pensamento de Rudolf von Jhering, Ernst Haeckel e Hans Kelsen (1879-1939)”. In: *Passagens. Revista Inter-*

*nacional de História Política e Cultura Jurídica*. Vol. 3 – Nº. 3 – Setembro a Dezembro (2011), p. 398-414. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v3n3a32011.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BOURDIEU, Pierre. *Outline of a theory of practice*. 7th. ed. Cambridge: University Press, 2003.

BREIDBACH, Olaf. “Haeckel-Rezeption um 1900”. In: JOHN, Jürgen e ULBRICHT, Justus H. (Org.). *Jena – Ein nationaler Erinnerungsort*. Köln et. al.: Böhlau, 2007, p. 431-444.

BURKE, Peter. *What is cultural history?*. Cambridge: Polity Press, 2007.

CANDIDO, Antonio. *O método crítico de Sílvio Romero*. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *A ‘Questão Social’ no Brasil: crítica do discurso político*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1982.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. “Em Busca do Oriente Perdido”. *Sociologia e Política. Textos para Discussão*. PUC-Rio. Departamento de Sociologia e Política, Ano 1, Nº. 1, Julho de 1988.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Análise social da ideologia*. São Paulo: EPU, 1988.

CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Autoritarismo afetivo: a Prússia como sentimento*. São Paulo: Editora Escuta, 2005.

CHACON, Vamireh. *Formação das Ciências Sociais no Brasil (Da Escola do Recife ao Código Civil)*. Brasília et. al.: Paralelo 15 et. al., 2008.

CHARTIER, Roger. *A história cultural entre práticas e representações*. Lisboa: Difusão Editora, 1988.

COELHO, Cláudio Marcio. *Religião e história: em nome do pai: Gilberto Freyre e Casa-Grande e Senzala, um projeto político salvífico para o Brasil (1906-1933)?*. Tese (Doutorado em História), Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Humanas e Naturais, 2016.

COSTA, João Cruz. *Contribuição à história das idéias no Brasil. O desenvolvimento da filosofia no Brasil e a evolução histórica nacional*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1956.

COSTA, João Cruz. “Tobias Barreto, Ein Verkünder des ‘Germanismus’ in Brasilien”. In: SCHADEN, Egon e FOUQUET, Carlos (Org.). *Staden-Jahrbuch – Beiträge zur Brasilkunde*. São Paulo: Instituto Hans Staden, Bd. 5, 1957, p. 127-135.

ESPAGNE, Michel. *Les transferts culturels franco-allemands*. 1. éd. Paris: Presses Univ. de France, 1999..

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3ª ed. rev. São Paulo: Globo, 2001.

FERNANDES, Fernando Augusto. “Vozes e emoções do passado, do futuro e do passado-futuro”. In: *CERQUEIRA FILHO, Gisálio (org.). Sula-mérica – comunidade imaginada – emancipação e integração*. Niterói: EdUFF, 2011, p. 99-111.

FERNANDES, Fernando Augusto. *Poder e saber: campo jurídico e ideologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

FLORENZANO, Fernando Wesley Gotelip. “O Princípio da Insignificância no Direito Penal brasileiro”. In: *Direito em movimento*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 1 – 1º. Semestre 2018, p. 110-142.

FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande e Senzala*. São Paulo: Círculo do Livro, s/d.

GINZBURG, Carlo. “Sinais: Raízes de um paradigma indiciário”. In: Idem. *Mitos, emblemas e sinais: morfologia e história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 143-179.

GRÜTZMANN, Imgart. “Intelectuais de fala alemã no Brasil do século XIX: o caso de Karl von Koseritz: (1830-1890)”. In: *História Unisinos* 11:1 (Janeiro/Abril 2007), p. 123-133.

HOFBAUER, Andreas. “O conceito de ‘raça’ e o ideário do ‘branqueamento’ no século XIX – Bases ideológicas do racismo brasileiro”. In: *Teoria e Pesquisa*, 42 e 43, janeiro-julho de 2003, p. 63-110.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 27ª. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014

KERN, Gustavo da Silva. “Teorizações eugenistas no Brasil: melhoramento racial, eugenia e educação”. In: *XANPED SUL*, Florianópolis, outubro de 2014, 16p. Disponível em: [http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq\\_pdf/1939-0.pdf](http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/1939-0.pdf). Acesso em: 21 mar. 2018.

LIMA, Hermes. Tobias Barreto (*A Época e o Homem*). São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957.

LINS, Ivan. *História do positivismo no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1967.

LOSANO, Mario G. “Tobias Barreto und die Rezeption Jherings in Brasilien”. In: Behrends, Okko (Org.). *Jherings Rechtsdenken: Theorie und Pragmatik in Dienste evolutionärer Rechtsethik*. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1996, p. 77-96.

LOSANO, Mario G. Un giurista tropicale. *Tobias Barreto fra Brasile reale e Germania ideale*. Roma: GLF editori Laterza, 2000.

MENDONÇA, Carlos Sússekind de. Silvio Romero – *Sua formação intelectual 1851-1880*. São Paulo et. all.: Companhia Editora Nacional, 1938. Disponível em: <http://www.brasiliana.com.br/brasiliana/colecao/obras/213/silvio-romero-sua-formacao-intelectual-1851-1880-com-uma-indicacao-bibliografica>. Acesso em: 01 ago. 2018.

MERCADANTE, Paulo. *A consciência conservadora no Brasil. Contribuição ao estudo da formação brasileira*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio Paim. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo et all., 1972.

MERCADANTE, Paulo. “As Raízes do Ecletismo Brasileiro”. In: CRIPPA, Adolpho (Org.). *As idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1978, p. 59-79.

MORSE, Richard. *O espelho de Próspero – cultura e idéias na América*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

NEDER, Gizlene. *Os compromissos conservadores do liberalismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Achiamé, 1979.

NEDER, Gizlene. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEDER, Gizlene e CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Idéias jurídicas e autoridade na Família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

NEDER, Gizlene e BARCELOS, Ana Paula Ribeiro da. “Intelectuais, circulação de ideias e apropriação cultural – Anotações para uma Discussão Metodológica”. In: Passagens. *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*. Vol. 1 – No. 1 – Janeiro a Junho (2009). Disponível em: <http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n1a2.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018.

NEDER, Gizlene. *Duas margens: idéias jurídicas e sentimentos políticos no Brasil e em Portugal na passagem à modernidade*. Rio de Janeiro: Revan *et. all.*, 2011.

NEDER, Gizlene. *Reformas políticas dos homens novos: Brasil império: 1830-1889*. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

PAIM, Antonio. *A filosofia da Escola do Recife*. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

PAIM, Antonio. *História das idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1974.

PAIM, Antonio. “Introdução”. In: Idem (seleção e introdução). *O Apostolado Positivista e a República. Biblioteca do Pensamento Político Republicano*. Vol. 2. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 3-9.

REALE, Miguel. “O culturalismo da escola do Recife”. In: *Horizontes do Direito e da História*. São Paulo: Saraiva, 1956.

REALE, Miguel. “Introdução – Significado e Importância do Culturalismo de Tobias Barreto”. In: MERCADANTE, Paulo e PAIM, Antonio. *Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação*. São Paulo: Grijalbo *et. all.*, 1972, p. 15-25.

REALE, Miguel. “A Doutrina de Kant no Brasil”. In: CRIPPA, Adolpho (Org.). *As idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1978, p. 225-238.

RIBEIRO, Djamilá. “Nem mulatas do Gois nem dentro de Grazi Massafra”. In: Idem. *Quem tem medo do feminismo negro?* São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 98-101.

RODRIGUES-MOURA, Enrique. “Territorio, Moral y Nación en los pulpitos de la Escuela. Olavo Bilac y Manoel Bomfim”. In: *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura* 183: 724 (marzo-abril, 2007), p. 227-241. Dis-

ponível em: <http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/94>. Acesso em: 8 out. 2016.

SALDANHA, Nelson “A ‘Escola do Recife’ na Evolução do Pensamento Brasileiro”. In: CRIPPA, Adolpho (Org.). *As idéias filosóficas no Brasil*. São Paulo: Convívio, 1978, p. 81-114.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARZ, Roberto. “As idéias fora do lugar”. In: Idem. *Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social no início do romance brasileiro*. São Paulo: Duas Cidades et. all., 2000, p. 11-31.

SILVA, Wilton C. L. *A construção biográfica de Clóvis Beviláqua: Memórias de admiração e de estigmas*. 1ª. ed. São Paulo: Alameda, 2016.

SODRÉ, Nelson Werneck. *História da imprensa no Brasil*. São Paulo et. all.: INTERCOM et. all., 2011.

SWINDLER, Ann, “Culture in Action: Symbols and Strategies”. In: *American Sociological Review*, 51:2 (Apr., 1986), p. 273-286. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/2095521>. Acesso em: 07 set. 2016.

VENANCIO FILHO, Alberto. *Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2011.

VENTURA, Roberto. *Estilo tropical: história cultural e polêmicas literárias no Brasil, 1870-1914*. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

VENTURA, Roberto. “História e Crítica em Sílvio Romero”. In: ROMERO, Sílvio. *Compêndio de história da literatura brasileira*. Rio de Janeiro: Imago, 2001, p. 9-21.

VILLAÇA, Antônio Carlos. *O Pensamento Católico no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975.

VITA, Luís Washington, “Introdução”. In: ROMERO, Sílvio. *Obra Filosófica*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1969, p. XI-XXIII.

YOUNG, Robert J. C. “Postcolonialism”. In: Idem. *Empire, Colony, Postcolony*. 1. publ. Oxford: Wiley Blackwell, 2015, p. 149-177.

### Sites consultados:

<https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato#ampshare=https://gabrielabdalla.jusbrasil.com.br/artigos/140774358/a-teoria-do-dominio-do-fato>.

<https://www.conjur.com.br/2012-out-06/mazloun-dominio-fato-nao-exime-quem-acusa-onus-prova..>

<https://www.conjur.com.br/2012-nov-11/claus-roxin-teoria-dominio-fato-usada-forma-errada-stf>.

<https://www.conjur.com.br/2014-set-01/claus-roxin-critica-aplicacao-atual-teoria-dominio-fato#author>.

<http://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2013/10/1358310-luis-greco-e-alaor-leite-fatos-e-mitos-sobre-a-teoria-do-dominio-do-fato.shtml?loggedpaywall>.

<http://www.jstor.org/stable/2095521>.

<http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v1n1a2.pdf>.

<http://www.brasiliana.usp.br/>.

<http://arbor.revistas.csic.es/index.php/arbor/article/viewArticle/94>.

[https://archive.org/details/bub\\_gb\\_9VxRAAAAYAAJ](https://archive.org/details/bub_gb_9VxRAAAAYAAJ).

<http://www.historia.uff.br/revistapassagens/artigos/v3n3a32011>.

<http://www.brasiliana.com.br/brasiliana/colecao/obras/213/silvio-romero-sua-formacao-intelectual-1851-1880-com-uma-indicacao-bibliografica>.

[http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq\\_pdf/1939-0.pdf](http://xanpedsul.faed.udesc.br/arq_pdf/1939-0.pdf).

<https://joaofabiobertonha.files.wordpress.com/2017/02/miguel-realeen-glish.pdf>.

# POLÍTICAS PÚBLICAS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS: JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA?

**Vanice Regina Lírio do Valle**

*Visiting Fellow* junto ao *Human Rights Program* da *Harvard Law School*. Pós-doutorado pela EBAPE/FGV (Rio de Janeiro); doutorado em Direito pela Universidade Gama Filho. Procuradora do Município do Rio de Janeiro. Professora Permanente do PPGD/UNESA

(Recebido: 03/07/2018 Aprovado: 31/07/2018 e 13/08/2018)

**RESUMO:** A existência de demandas coletivas é um fenômeno conhecido, deflagrado pela necessidade de reforçar o projeto de transformação trazida pela Constituição brasileira. Este texto explora as razões pelas quais decisões políticas traduzidas em políticas públicas vieram à atenção do Judiciário através de ações coletivas. O objetivo é sugerir parâmetros segundo os quais a crítica às políticas públicas em andamento deva ser submetida ao escrutínio judicial, garantindo uma apreciação objetiva – e não uma simples objeção subjetiva trazida pelo agente controlador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Políticas públicas – judicialização da política – ação civil pública – jurisdição constitucional

**ABSTRACT:** The existence of class actions discussing public policies is a well-known phenomenon triggered by the need to enforce the transformational project brought by the Brazilian Constitution. This text explores the reasons why political decisions translated into public policies came to judicial attention through class actions. The aim is to suggest parameters according to which the challenge of an ongoing public policy should be brought to judicial scrutiny, granting an objective appreciation – and not a mere subjective objection by controllers.

**KEY-WORDS:** Public policies – judicialization of politics – class actions – judicial review

## 1. INTRODUÇÃO

A afirmação do ingresso do tema das políticas públicas como objeto de cogitação do Poder Judiciário não traduz, aos 30 anos da Carta de 1988, nenhuma novidade. A leitura da pauta dos Tribunais evidencia de maneira aguda o fenômeno, cujo preciso equacionamento nos seus efeitos em relação ao exercício da jurisdição está a merecer ainda aprofundamento.

É na interseção entre políticas públicas e ações civis públicas que a jurisdição é chamada a encontrar o ponto médio entre a efetividade constitucional e o devido balanceamento entre poderes. Constitui objeto do presente texto, portanto, esse ponto de confluência entre políticas públicas, como mecanismo de orientação da ação estatal, e ações civis públicas, lido natural de exercício da ação de controle deste mesmo roteiro de atuação do ente público. O objetivo é contribuir para uma parametrização de como se deva desenvolver a explicitação do litígio pelas partes, de modo a que a jurisdição se possa apresentar como exercício racional de tradução das prioridades constitucionais – e não como mediação subjetiva de distintas visões do universo fenomenológico e do mundo.

O texto se inicia com as considerações de natureza introdutória apresentadas nesta Parte 1. As razões pelas quais o tema das políticas públicas ingressou no universo dos litígios formais são apresentadas na Parte 2, como componente indispensável ao desenvolvimento da proposta. Na Parte 3 tem-se a localização da origem histórica das ações civis públicas no sistema nacional, com destaque para o problema que a referida via de ação pretendeu responder. A parte 4 examina o lugar da jurisdição na confluência destes dois componentes, especialmente à vista de distorções que a vivência de cada um deles veio a apresentar no exercício rotineiro do contencioso. Finalmente, a Parte 5 examina contribuições para o aperfeiçoamento desse quadro trazidas pela recém-editada Lei 13.655/18, que acrescenta à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) preceitos especificamente relacionados à aplicação das normas de direito público.

O texto é desenvolvido com o uso do método crítico dialético, e integra o esforço mais amplo de pesquisa envolvendo o tema da deferência para com as escolhas administrativas precedidas do dever de planejamento.

A crítica ao exercício do poder é velha como o mundo, e se redireciona àquele arcabouço institucional que o desenvolve. A eclosão do Judiciário como agente relevante no controle de caráter mais estrutural do agir do poder atrai essa mesma censura, como se tem verificado crescentemente com a reprovação ao ativismo e à ação jurisdicional substitutiva. Constitui crença da autora que o exercício crítico é de ter a si associada a formulação de proposições quanto ao encaminhamento corretivo desejado – por isso o percurso exploratório aqui desenvolvido.

O projeto de transformação da Carta de 1988 se constitui desafio permanente posto a toda sociedade brasileira – no que se inclui academia e agentes integrantes do complexo universo dos conflitos judicializados. Contribuir para a sua efetividade não é domínio exclusivo de nenhum desses agentes, e, por isso mesmo, requer a contribuição de todos. Este é o meu esforço neste sentido.

## **2. POLÍTICAS PÚBLICAS: POR QUE INGRESSAR NO UNIVERSO DO DIREITO?**

Não obstante a categoria políticas públicas enquanto estratégia de ação estatal já se apresentasse na literatura desde os clássicos trabalhos de Lasswell na década de 50<sup>1</sup>, sua sistematização como campo do conhecimento no domínio da ciência política se verifica tão somente ao final da década de 60, início da de 70.<sup>2</sup> A autonomização em si da área do conhecimento pode ser creditada a origens distintas na reflexão – a de matiz norte-americana, que analisava o processo de estruturação das ações de governo,

---

1 LASSWELL, Harold D. *The policy orientation*. Communication Researchers and Policy-Making (1951).

2 SABATIER, Paul A. Political Science and public policy. in THEODOULOU, Stella Z. e CAHN, Matthew A. *Public policy. The essential readings*. USA: Prentice Hall, 1995, p.10-15.

e a europeia, que tinha na reflexão sobre o papel do Estado a premissa para o pensamento no campo das políticas públicas.<sup>3</sup>

No cenário brasileiro, essa mesma categoria já tinha sido insinuada como canal possível de comunicação entre a política e o direito.<sup>4</sup> Indiscutivelmente, é a Carta de 1988, com sua expressiva gama de compromissos valorativos, que apresentará de maneira mais aguda o imperativo da transição de uma lógica que se satisfazia com a máxima do *government by law* (inerente ao Estado de Direito), para aquela que exige o *government by policies*.<sup>5</sup>

Adotando-se para os fins deste trabalho uma compreensão de política pública como “programa de ação governamental visando realizar objetivos determinados”,<sup>6</sup> soa verdadeiramente instintiva a sua associação ao princípio da eficiência, desiderato que só se lograria alcançar com o suporte deste componente estratégico que associa os reclamos atuais com os elementos disponíveis, veiculando a ação estatal através de um de seus braços organizacionais, projetando expectativas de resultado para o futuro. Política pública se aproximaria, portanto, da ação pública; e se reveste de um predicado juridicamente relevante por sua aptidão a racionalizar os meios acessíveis diante das tarefas postas à Administração.

Esse atributo de ordenação lógica dos meios disponíveis – exigível a partir de uma constituição compromissória em largo espectro – ganha ainda maior relevância com o pluralismo das coletividades, eis que distintas visões de mundo geram expectativas múltiplas, boa parte delas direcionadas direta ou indiretamente à ação estatal. Afinal, ainda que não se credite ao Estado

3 SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, Dec. 2006. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-45222006000200003&lng=en&nrm=iso)>. acesso em 15 May 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1517-45222006000200003>.

4 BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 39.

5 BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional*, Problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Prefácio Luiz Edson Fachin, Apresentação Angela Cassia Costadello, Belo Horizonte: Editora Forum, 2007, p. 22. 287 p.

6 BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. in \_\_\_\_\_. (org.). *Políticas públicas. Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 11. 298p. p. 1-49.

*lato sensu* o dever de agir neste ou naquele segmento, sua intervenção ordenadora (no mercado, por exemplo, em defesa dos princípios orientadores da ordem econômica) ou mesmo de indução ou propulsão a práticas socialmente desejáveis pode ser materializada por intermédio de política pública específica. Também no campo daquilo que Moreira Neto qualificava como funções neutrais<sup>7</sup> – aquelas competências constitucionais prioritariamente afetas ao interesse direto da sociedade, mas igualmente alinhadas (sempre que compatível) àqueles do próprio Estado – a preservação da neutralidade técnica específica reclamará a estruturação do agir estatal por intermédio das políticas públicas respectivas.

Não se pode ainda olvidar que a pluralidade de anseios coletivos aumenta a possibilidade de competição interna entre as postulações, e ainda potencializa a necessidade de ações complementares. Também para a articulação dessa complementariedade, terão espaços as políticas públicas, costurando interdependências. Tudo isso induz a valorização da programação da ação estatal como meio de harmonização dos *inputs* direcionados ao poder.

Integra também o quadro que tematizou a matéria das políticas públicas no campo do direito, o incremento da capacidade de intervenção do homem no universo fenomenológico. Assim, das grandes interferências ambientais, passando pela engenharia genética, até a inteligência artificial e o *deep learning*, a ação humana pode determinar repercussões cuja predição é ainda limitada – o que recomenda igualmente uma ênfase na sua estruturação e planejamento, especialmente quando ela se dá sob o manto justificador do atendimento ao interesse público.

Finalmente, o cenário de plúrimas necessidades culmina por determinar a multiplicação de modelos de ação – fenômeno que se vislumbra facilmente no Direito Administrativo pátrio, com a multiplicação de espécies contratuais e de vínculos jurídicos que se pode verificar na relação com o Estado *lato sensu* a Administração Pública. Tem-se então o convívio, na

---

7 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Reflexões sobre a transformação do Estado Moderno (desdobramentos de uma análise juspolítica). in \_\_\_\_\_. Poder, direito e estado. O direito administrativo em tempos de globalização. In memoriam de Marcos Jurvena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Forum, 2011, p. 85, p. 65-95.

ilustração pitoresca de Sundfeld, entre a Administração do clips e aquela dos negócios.<sup>8</sup> Variadas as opções de conduta, maior elevo tem a construção da estratégia de ação, figurando as políticas públicas como elemento justificador e legitimador.

Esse é contexto em que o tema das políticas públicas ingressa no direito: como categoria organizadora da ação estatal, portanto, particularmente relevante no exercício do controle. Natural que essa (adequada) associação propusesse o tema no âmbito jurisdicional, frequentemente na interseção com as ações coletivas. Mas qual o cenário e o papel que estas, por sua vez, têm no direito brasileiro?

### **3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: COMO ELA INGRESSA NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO?**

A crise do processo tradicional “...desenhado para o mundo das relações bilaterais e demandas bipolarizadas...”<sup>9</sup> já era anunciada ao final da década de 70. Sociedade de massa não se coaduna com um sistema processual que tem em conta exclusivamente relações intersubjetivas e precisa recepcionar mecanismos que abarquem essa nova externalização possível de conflitos.

Sobrevém a edição da Lei 7347/85, instituindo a modalidade de ação coletiva hoje tão conhecida. Celebrava-se à época o reconhecimento enquanto categoria jurídica dos direitos coletivos *lato sensu* que, através de uma via específica de tutela, ganhavam um espaço político de reivindicação de que antes não se dispunham. Mais do que a inexistência em si do conceito jurídico viabilizador de uma tutela específica, a ideia de demandas coletivas conferia visibilidade a um segmento de interesses que se via sub-re-

8 SUNDFELD, Carlos Ari. O Direito Administrativo entre os clips e os negócios. *Fórum Administrativo: Direito Público*, Belo Horizonte, v. 9, n. 100, jun. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28446>>. Acesso em: 4 mar. 2011.

9 MOREIRA, Egon Bockamnn; BAGATIN, Andreia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz e FERRARO, Marcell Pereira. *Comentário à Lei de Ação Civil Pública*, Revisitada, artigo por artigo, à luz do Novo CPC e temas atuais. São Paulo: Thomson Reuters – Revista dos Tribunais, 2016, p. 39.

presentado, seja nas suas relações com o mercado, seja naquelas forjadas no processo político.

No campo específico do agir estatal, a figura da ação civil pública permite uma mudança na perspectiva de análise que não mais precisa se restringir aos efeitos na esfera individual de direitos, mas pode compreender a visão macro, sistêmica. Isso se põe de acordo com a própria lógica atualizada do que se entenda por interesse público, que não se identifica com a soma de interesses individuais, mas traduz uma síntese coletivizada destas aspirações subjetivas.

É bem verdade que já se dispunha à época da tradicional figura da ação popular, que, tendo por objeto a anulação ou declaração de nulidade de ato administrativos, permitia em alguma medida, sindicatar escolhas administrativas mais simples. O problema estava em que sua orientação a um provimento exclusivamente de invalidação pouco auxiliaria no contexto de provimento de uma política pública que se entendia por constitucionalmente reclamada, mas cujo grau de eficácia se revelava insuficiente ou mesmo inexistente.

Em tese, as figuras do inquérito civil, e ainda dos termos de ajustamento de conduta complementadas pela Lei 7347/85, vinham à luz vocacionadas para a prevenção em si do litígio e construção consensuada de soluções. Afinal, já na década de 80 se tinha por claro que coexistem o interesse público deduzido no conflito, e aquele inerente à sua composição, sendo certa a sempre presente relevância da retomada da normalidade no desenvolvimento das ações administrativas.<sup>10</sup> Esse espaço de composição consensual, é de se dizer, tem ainda a especial relevância de oportunizar a análise de eventual *trade off*, que, na perspectiva macro, justifique a escolha adotada pela Administração.

Aberta a possibilidade da impugnação da ação estatal para fins de buscar a condenação em obrigação de fazer e/ou não fazer, tem-se claramente

---

10 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Algumas notas sobre o progresso da consensualidade. in \_\_\_\_\_. *Novas mutações juspolíticas. i Em memória de Eduardo García de Enterría, jurista de dois mundos*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 189. 158-191.

institucionalizado um veículo para o exercício da representação funcional<sup>11</sup>, alternativa à clássica representação censitária. A via de ação se vê ratificada pela Carta de 1988 como relevante mecanismo de controle do poder, confiada ao manejo (ainda que sem exclusividade) pelo Ministério Público, no desenvolvimento das funções institucionais que lhe são próprias. Tem-se reforçada a possibilidade de vocalização de minorias sub-representadas que se vissem desatendidas, sob a perspectiva de políticas públicas, seja pela sua baixa capacidade de articulação como movimento social, seja pela sua eventual dispersão em todo o coletivo atendido pela Administração Pública.

Não é ocioso destacar o apontamento de Werneck Vianna de que a ação civil pública (dentre outros traços da Constituição Cidadã) revela uma “...valorização da esfera pública como instância de promoção de integração social e o papel ético pedagógico atribuído ao Direito, suas instituições e procedimentos na formação da cidadania...”.<sup>12</sup> Essa perspectiva se vê endossada, em alguma medida, pela recente extensão da legitimação à sua propositura em favor da Defensoria Pública, que detém igualmente relevante função de representação social. A fragilidade da proposta parece estar na ênfase conferida pelos referidos atores institucionais à atuação direta, substitutiva – e não indutora da cidadania. A lógica no longo prazo contribui para a não emancipação e a alienação mesmo da cidadania, que se sente confortável, se não melhor atendida, quando a demanda é proposta pelo substituto processual, tido como “mais forte” que a organização da sociedade. E não é isso que se tinha como o projeto constitucional.

Fato é que, substitutivamente ou não, tem-se na conjugação entre valorização de política públicas e disponibilização de via de acesso própria à sua impugnação a oportunidade ao incremento da judicialização, fenômeno alimentado, por sua vez, por um contexto político institucional que vale aclarar.

11 WERNECK VIANNA, Luiz. O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação. in R. G. Oliven et alii (orgs.), A Constituição de 1988 na vida brasileira. São Paulo, Hucitec/Anpocs/Fundação Ford, 2008.

12 VIANNA, Luiz Werneck e BURGOS, Marcelo Baumann. Entre princípios e regras: cinco estudos de caso de Ação Civil Pública. Dados [on line]. 2005, vol.48, n.4, pp.777-843. ISSN 0011-5258. <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582005000400003>.

## 4. JUDICIALIZAÇÃO: OS DESAFIOS DOS CONFLITOS COLETIVOS EM TORNO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Deflui da leitura da Carta de 1988 a identificação de um claro projeto de transformação social, cujos contornos se tem por delimitados pelo vasto elenco de direitos fundamentais – estes remetidos, por sua vez, à densificação pelo exercício do jogo político ordinário, tendo como ator principal o Poder Legislativo. É de se destacar que tudo isso é de boa técnica constitucional.

### 4.1 Breves apontamentos sobre a raiz da judicialização

Não é próprio às constituições a determinação em detalhes do conteúdo de direitos fundamentais – sob pena de fossilizá-los, retirando-lhes a aptidão para ofertar resposta aos anseios sociais. A deliberação, de outro lado, dos componentes identificadores do bem da vida objeto de proteção jurídica pela via da jusfundamentalização é atividade que pressupõe a formulação de um critério de justiça – distributiva, compensatória, ou o que seja. Essa escolha, por sua própria natureza, é de ser prioritariamente direcionada ao Parlamento.

A arquitetura da Carta de 1988, por sua vez, ciente dos riscos de obstrução do poder político, institucionalizava *ab initio* um vasto sistema de controle fundado na vinculatividade jurídica dos compromissos. Se é o Direito o fundamento para o exercício do controle, natural que seu manejo desague ao final no Poder Judiciário.

Elemento pouco explorado no quadro explicativo do cenário de judicialização é a atribuição teórica aos direitos fundamentais do caráter de “trunfos contra a maioria”.<sup>13</sup> Tal condição abre espaço para o exercício da jurisdição constitucional contramajoritária toda vez que se tenha em jogo uma suposta violação a direito fundamental – e toda delimitação de conteú-

13 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 285 p.

do de direito fundamental expressa uma decisão majoritária, que exclui de seu âmbito de proteção algumas situações. O resultado é que, na perspectiva puramente teórica, toda escolha legislativa ou administrativa no campo de direitos fundamentais permitirá o controle judicial, eis que é nesta seara que se poderia alcançar a pronúncia contramajoritária – única que atenderá ao interesse da parte autora, que se viu excluída da opção majoritária.

Mais do que decorrência de uma sempre proclamada inadequação da ação pública no campo dos direitos fundamentais, a judicialização é decorrência de uma arquitetura institucional que recambia o resultado da deliberação democrática a uma arena sempre disponível aos perdedores.

A par dessa abertura teórica à judicialização, tem-se o inequívoco reflexo dos fatores políticos, em especial, a inapetência do Poder Legislativo para a formulação de escolhas (sempre difíceis) no campo de políticas públicas. Assim é que a obstrução do jogo político ordinário, que compromete a efetividade das promessas constitucionais, pode se apresentar para o Parlamento como uma opção estratégica, poupando-se do desgaste de uma exclusão implícita, inerente à formulação de políticas públicas. Essa análise do ônus da inércia<sup>14</sup> determina muitas vezes a inação do Legislativo – que, por vezes, num perverso cálculo político, conta com a intervenção jurisdicional como mecanismo de solução de problemas. Exemplo clássico na casuística constitucional brasileira é a regulação do direito de greve dos servidores públicos, objeto de inúmeros mandados de injunção e reclamações constitucionais, sem que o Legislativo se tenha animado até hoje a exercer sua função reguladora – embora critique sistematicamente a parametrização que o Supremo Tribunal Federal empreendeu à matéria.

É a oferta dos litígios que tem demonstrado, de outro lado, os desvios de percurso que se teve em relação aos projetos teóricos e constitucionais, seja no tema das políticas públicas, seja naquele da ação civil pública.

14 É de Dixon a indicação de que a inação legislativa seja creditável, ordinariamente, a um de dois fenômenos: os pontos cegos, a saber, aqueles temas que não se tinha por claro fosse necessária a interposição legislativa; e o ônus da inércia, avaliação empreendida pelo Legislativo em relação a qual conduta lhe seja mais onerosa politicamente – agir ou manter-se inerte. (DIXON, Rosalind. Creating dialogue about socioeconomic rights: Strong form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law* 5.3 (2007): 391-418.

## 4.2 Convívio entre a dinâmica das políticas públicas e a estabilidade almejada pelo Direito

No campo das políticas públicas, uma dificuldade que de pronto se põe quando se verifica a judicialização é a fricção entre uma categoria que se rege pela dinâmica (como o são os programas de ação estatal) e uma matriz de análise que privilegia a estática, como o é o controle jurídico da ação estatal.

Programas de ação estatal vocacionados ao alcance de uma determinada finalidade são constantemente influenciados por elementos de dinâmica. A realidade sobre a qual a ação estatal incide muda; os efeitos das ações planejadas se revelam ligeiramente distintos do que antes se tinha suposto; a métrica originalmente prevista para monitorar o acompanhamento se revela inadequada. Reconfigurar a ação administrativa no campo de políticas públicas é uma virtude, é oferecer resposta a uma disfunção que se verificou na sua execução. Mas a transposição dessa lógica para a perspectiva do direito não é tão simples. No mundo da estática, da segurança jurídica, do *pacta sunt servanda*, a reconfiguração do desenho de ação se apresenta *ab initio* como uma patologia – e tem-se aí já um sensível ponto de conflito.

Reconfiguração e dinâmica são elementos que se põem igualmente à Administração no desenvolvimento de políticas públicas, quando se cuida de problemas ou estratégias novas. No domínio do inédito, dentre as estruturas clássicas de poder institucionalizado, a primeira a ser acionada para intervir é a Administração Pública. Pensemos em novas tecnologias e o potencial de ação humana que elas estão suscitando. Quem primeiro dispôs sobre o Uber? Quem está sendo chamado a cogitar sobre o uso de carros que se auto conduzem?

No domínio do novo, da disrupção, todos os que interferem o fazem com algum grau de experimentalismo, já que o fenômeno em si é inovador e o conhecimento sobre ele, seus usos e efeitos é parcial. A atuação da Administração Pública no domínio do novo é contingencial, pouco informada

e precária – mas precisa acontecer. Mas se a ação da Administração Pública se reveste de algum grau de inacuidade e incerteza, sua revisibilidade é inevitável, e nisso não se tem um vício, mas uma virtude. Essa é a lógica que atrita com os referenciais tradicionais de controle da Administração Pública<sup>15</sup> – que se supõe seja (ou deva ser) a detentora de conhecimento pleno e o agente capaz de oferecer a solução única e virtuosa.

### **4.3 Desconfiguração da ação civil pública como demanda coletiva**

A par das dificuldades inerentes à combinação no domínio da jurisdição de duas matrizes de ação totalmente distintas (políticas públicas e controle jurídico), tem-se igualmente algo de desconfiguração das ações civis públicas e seu papel no arranjo institucional delineado pela Carta de 1988. Nascida para a tutela de direitos coletivos, teve-se de início a associação da ação civil pública como via de ação própria ao Ministério Público – o que permitia já no nascedouro o seu manejo para a tutela de direitos individuais indisponíveis. Aqui, mais do que uma questão terminológica, tem-se um desafio de harmonização teórica e jurisprudencial, eis que sob um mesmo rito processual se tem a tutela de situações jurídicas totalmente distintas.

Essa “mixagem” conceitual e terminológica se tem igualmente na confluência entre ação civil pública e ação de improbidade – sendo comum o manejo pelo *Parquet* da primeira, para a tutela da conduta direcionada à segunda. Também aqui a combinação de figuras e ritos não contribui para a clareza de qual seja a prestação jurisdicional que efetivamente se busca, menos ainda para a consolidação de uma doutrina da ação coletiva.

Ainda no plano dos desvios de percurso, o alargamento do espectro de ações estatais passíveis de crivo pela via da ação civil pública tem permitido uma opção institucional pelo seu manejo, não para a crítica do programa de ação estatal como um todo, mas de cada qual de seus componentes, cada

<sup>15</sup> Não se pode desconsiderar a afinidade do direito com a tradição, afigurando-se aquilo que a ameaça como verdadeira traição – por isso a resistência.

qual das ações estatais em que a política pública se desdobra. São conhecidos os exemplos no caso do Estado do Rio de Janeiro, em que problemas estruturais de contenção de encostas ou medidas assemelhadas são enfrentados pelo manejo de dezenas de civis públicas (uma para cada ponto de risco), e não por uma única demanda onde se empreenda à análise macro do programa de ação estatal em curso.

Curiosamente, também aqui se tem o afastamento dos propósitos originais da criação de demandas coletivas. Afinal, um dos seus elementos inspiradores era a dispersão pelo corpo social de postulações individuais que não logravam vocalização e cujo atendimento muitas vezes estava a depender de um comportamento de *free-rider*, com um agente se beneficiando da iniciativa de outro na busca de um bem coletivo.<sup>16</sup> Segmentar o interesse coletivo em diversas ações que envolvem o mesmo e exato programa de ação estatal, que se projeta em vários pontos, é reproduzir artificialmente a dispersão e apostar na prática da *free ride* – se o juízo “a” não adotar a decisão desejada, ainda se tem uma chance com o juiz “b” ou “c”. A prática revela um percurso de caminho inverso ao pretendido com a criação da via de ação coletiva, com uma intencional abdicação dos benefícios do enfrentamento na matriz macro do problema submetido ao crivo judicial.

A preferência estratégica pela pulverização das demandas é conhecida de todos que atuam no contencioso e retratada pela literatura. Recorta-se a discussão para, em tese, diminuir a sua complexidade (e aumentar a probabilidade de êxito). O problema está em que a redução da complexidade pode conduzir a um desvio de perspectiva de análise. Problemas complexos (como o são no mais das vezes os que exigem políticas públicas específicas) não comportam soluções simples – esse é o dilema que vive diuturnamente o administrador.

Recentemente, com a decisão em 25/04/18, sob o regime de recursos repetitivos, do tema 766 vinculado ao Recurso Especial 1.681.690-SP,

---

16 SALLES, Carlos Alberto de. Políticas públicas e processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 237-250.

tem-se a explicitação da possibilidade do manejo da ação civil pública pelo *Parquet* para fins de proteção individual ao direito à saúde, tido como direito individual indisponível – o que pode contribuir para o agravamento da tendência acima indicada da disseminação de demandas singulares. O risco é o aprofundamento da busca da jurisdição não para o controle de política pública no verdadeiro sentido da palavra, mas para a tutela da projeção na esfera individual de direitos, dos programas de ação estatal em curso. Isso é a negação dos objetivos que inspiram, a um só tempo, seja a lógica da formulação de políticas públicas, seja a criação da figura da ação coletiva.

A par da contradição teórica que esse desvio de percurso do encontro entre políticas públicas e ações coletiva proporciona, é de se destacar ainda a oportunidade para uma indesejável seletividade no que toca às pautas de controle – seja no que diz respeito ao tema controlado, seja no que alude à matriz sindicante a se aplicar (individual ou coletiva). A possibilidade do uso indistinto de qualquer das aproximações controladoras implica, do ponto de vista concreto, assegurar a este agente uma discricionariedade que a rigor não deflui do sistema constitucional. Em nenhum ponto se tem no Texto Fundamental uma preferência pela proteção individual em detrimento da tutela coletiva, estruturante. Ao revés, a leitura dos objetivos fundamentais da República aponta, em especial na alusão a uma sociedade justa e solidária, para a dimensão do todo como preferencial – ainda que disso não deflua a possibilidade da desconsideração das necessidades individuais.<sup>17</sup>

Cumpra ainda assinalar que esse (patológico) deslocamento da discricionariedade em favor do agente controlador completa-se com uma abertura que também não se revela argumentativamente sustentada, no que toca à formulação do pedido. Assim, apresenta-se na demanda que pretende o controle judicial de políticas públicas, ou o pedido de nulificação, ou ainda o de interrupção da iniciativa em curso – sem que se tenha a proposição da estratégia de ação que deva tomar lugar daquela censurada.

17 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Controle judicial de políticas públicas: sobre os riscos da vitória da semântica sobre o normativo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia* 14, no. 14.2 (2013): 387.

Também aqui tem-se o distanciamento – para não dizer a negação – do conceito em si de políticas públicas. Isso porque se, conceitualmente, nelas se tem a programação do agir estatal, não pode se admitir como resultado possível do seu controle judicial o simples bloqueio do programa que existe e está em curso. A efetiva aproximação entre direito e políticas públicas reclama como componente inafastável uma visão prospectiva que inclua uma estratégia jurídico-institucional orientada à superação do problema.<sup>18</sup> Tampouco merece encômios o estratagema da formulação de pedido indeterminado que expressa, em última análise, a ausência de alternativa à ação estatal que se tem em curso.

Importante assinalar que as deficiências do modelo (desconfigurado) das ações civis públicas para fins de controle de políticas públicas não é realidade que passe desapercibida pela doutrina. Mais recentemente, intensifica-se o interesse pelo tema dos conflitos de interesse público, categoria teórica cunhada originalmente por Chayes<sup>19</sup>, com significativa produção em terras estadunidenses, mas igualmente explorada na casuística colombiana.<sup>20</sup> Ali, conjuga-se a análise da dimensão corretiva das eventuais falhas na execução de políticas públicas e aquela da dimensão estruturante e prospectiva das medidas administrativas que devam dar conta da restauração da normalidade constitucional.

A convocação à reflexão já se tem em várias áreas do direito – mas o fato novo que se põe, contribuindo para a superação do cenário de perplexidades, é a edição da Lei 13.655/18, que, incluindo preceitos relacionados à aplicação específica das normas de direito público, contribuiu para a clarificação do debate.

18 BUCCI, Maria Paula Dallari. Contribuição para a redução da judicialização da saúde. Uma estratégia jurídico-institucional baseada na abordagem de Direito e Políticas Públicas. in \_\_\_\_\_. e DUARTE, Clarice Seixas. *Judicialização da saúde. A visão do Poder Executivo*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 38/39, p. 31-88.

19 CHAYES, Abram. The Role of the Judge in Public Law Litigation. *Harvard Law Review*. n. 7, vol. 89, p. 1.281-1.316, May, 1976. p.1.290.

20 VALLE, Vanice Regina Lírio do. Desafios à jurisdição em políticas públicas: o que se pode aprender com a experiência da Colômbia. in GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo e COSTA, Suzana Henriques da. *O processo para solução de conflitos de interesse público*. Salvador: Editora JusPodium, 2017, p. 237-250.

## 5. RESGATANDO A RACIONALIDADE DOS ATORES: POR UM CONTROLE OBJETIVO

O conjunto de portas de entrada ao exercício da função controle acima descrita contribui em muito – e esta é uma queixa generalizada – para a subjetivação desta atividade. Tem-se nessa trilha um risco substantivo, eis que já se disse neste texto que problemas complexos não se harmonizam com soluções únicas e simplificadoras. E se intrincadas são as alternativas de resposta institucional, sempre será possível que aquela que se tenha eleito seja rejeitada por um agente revestido de atribuição para o controle – não necessariamente por uma inadequação auto evidente, mas por uma divergência de visões de mundo, de abordagens técnicas, de *timing* da ação política.

Importante ter por claro que essa abertura à subjetivação do controle se conecta com a modificação do paradigma legitimador da ação estatal. A transição da legalidade estrita para o poder valorativamente subordinado leva a análise da adequação das escolhas públicas à correção da sua orientação finalística<sup>21</sup> – e essa é uma aferição que muitas vezes não se pode empreender com absoluta clareza no marco inicial de uma determinada política pública. Em determinados segmentos da ação pública, só a ultimização do programa e a aferição dos resultados permitirá a efetiva oferta do signo de legitimação. Se esta é uma dificuldade real, nem por isso se tem autorizado o desenvolvimento de um controle a partir de perspectiva eminentemente subjetiva. Afinal, a razão de ser dessa atividade é o reforço de efetividade do projeto constitucional, cujo conteúdo não se pode entender esteja a depender exclusivamente da formulação de juízos subjetivos. Impõe-se o resgate da objetividade possível – e nesse sentido, é relevante a contribuição recém-trazida pela Lei 13.655/18 na incorporação de parâmetros de orientação à aplicação de normas de direito público.

21 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o Direito Administrativo com o controle das políticas públicas – ecos de um Congresso: a próxima missão.. in \_\_\_\_\_. Poder, direito e estado. *O direito administrativo em tempos de globalização*. In *memoriam* de Marcos Jurvena Villela Souto. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 105, p. 99-111.

Trinta anos foram necessários para que se compreendesse que a emancipação da Administração Pública da legalidade estrita reducionista para a juridicidade reverente à Constituição<sup>22</sup> estaria a exigir uma reaproximação do exercício de aplicação das normas de direito público. Antes tarde do que nunca!

No tema específico da judicialização de políticas públicas, o primeiro apontamento que é de se fazer diz respeito ao explícito reconhecimento pela Lei 13.655/18, em seu art. 22, da necessidade de se ter em conta as exigências que delas decorram quando se cogita da delimitação de sentido às normas de direito público. Duas consequências são de se extrair dessa afirmação. A primeira delas diz respeito à reiteração da exigibilidade de formulação de políticas públicas como leito para a veiculação do programa de ação estatal. Não se tem aqui, a rigor, qualquer substantiva inovação no arcabouço jurídico aplicável à matéria, eis que essa mesma conclusão já se extrairia do texto constitucional.<sup>23</sup> De toda forma, e agora com a referência explícita ao instrumento das políticas públicas, tem-se a norma – elemento tão caro à cultura jurídica brasileira.

A segunda consequência diz respeito à necessidade de análise das relações de interferência recíproca entre o sentido que se confere à lei no momento da interpretação e políticas públicas que se tenha em curso. Este é comando mais inovador, e o ponto sensível estará na consolidação de uma leitura de sua aplicabilidade em relação não só à Administração Pública, mas também e em especial, ao controlador e ao Judiciário. Isso porque se é possível presumir a existência de um ponderável grau de coerência interna entre interpretação das normas e políticas públicas no âmbito da Adminis-

---

22 É de Sundfeld o apontamento da ainda persistência da lógica monista, da Administração como mera executora de leis, não obstante a insuficiência deste modelo e sua inadaptação às propostas transformadoras da Carta de Outubro. As vertentes explicativas apresentadas pelo autor compreendem uma instrumentalidade à resistência no período ditatorial, e ainda uma cultura de identificação do Legislativo como o espaço único para o exercício da deliberação pública (SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª edição, rev. e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2014, 351 p.).

---

23 Na matéria, consulte-se VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. Dever constitucional de enunciação de políticas públicas e autovinculação: caminhos possíveis de controle jurisdicional. *Fórum Administrativo*, v. 82, p. 7-19, 2007; e VALLE, Vanice Regina Lírio do Valle. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, 194 p.

tração Pública, o mesmo não se pode dizer quando se tem a provocação dos agentes controladores, que, como já apontado, têm uma prática de crítica e bloqueio de ações estatais específicas, sem que os efeitos dessa paralisação sejam considerados.

A incidência desse mesmo preceito às esferas controladora e judicial (para se utilizar as expressões que são próprias da Lei 13.655/18) parece defluir da leitura do referido art. 22, combinado com os anteriores arts. 20 e 21. Afinal, a interpretação de normas sobre gestão pública é antecedente lógico à determinação de valores abstratos (âmbito de incidência do art. 20), assim como da decisão de invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa. A par disso, se às políticas públicas se reconhece o mister de veicular as ações materializadoras dos compromissos constitucionais, a eventual interferência com esses mesmos vetores não pode ser um indiferente, seja para a esfera controladora, seja para a judicial, quando menos porque disso decorrem consequências administrativas e jurídicas, essas, inescapavelmente determinadas cogitar pela esfera controladora e judicial, na forma do art. 21, *caput*, da LINDB.

Efeito secundário desta mesma indicação normativa – da necessária consideração dos efeitos da intervenção controladora sobre as políticas públicas – será o reforço de coerência interna nas ações do controle. Isso porque a análise de que a censura à política pública “a” pode ter efeitos negativos sobre “b”, que se revela exitosa e desejável, a um só tempo desaconselha a impugnação de “a” e reforça o imperativo de proteção – até mesmo contra a descontinuidade – de “b”. A análise e identificação dessas interconexões entre políticas públicas necessariamente levará a um diálogo entre iniciativas controladas, que hoje acontecem a partir do querer e da inspiração de cada agentes tido por autônomo no seu mister. Desloca-se a lógica do controle da autonomia do agente para aquela da instituição, o que é sempre mais consentâneo com o exercício objetivo do monitoramento das finalidades constitucionais, sejam aquelas postas à Administração, sejam às estruturas de representação funcional. Não se veja nisso, como querem fazer crer as Cassandras de plantão, nenhuma tentativa de manietar o controle.

Afinal, o controle que a Constituição deseja é aquele que atue de maneira sistêmica, global – e não localizada, voluntarista. O que depura a ação pública é a função controle, e não o agente.

Constitui intuito inequívoco da Lei 13.655/18 conduzir Administração, controlador e Judiciário a um mesmo horizonte de compreensão. Não por outra razão se preconiza às três esferas o mesmo cuidado com a necessidade e adequação da medida cogitada (art. 20, Parágrafo Único da LINDB); com a análise de consequências práticas da densificação do valor jurídico abstrato (art. 20, *caput, fine* da LINDB); com a exploração de alternativas de condições de regularização de uma ação pública censurada (art. 21, Parágrafo Único da LINDB), dentre outros parâmetros. Conduzidos todos a um mesmo ponto de observação, intensificam-se as possibilidades dialógicas, portanto, a aptidão para a construção de uma solução consensual.

De outro lado – e esse parece ser o ponto mais relevante no tema sob análise –, a escolha coletiva na formulação da política sob exame, bem como a crítica desenvolvida pelo controlador, passam a ser subordinadas a um exercício declinável de racionalidade no processo de determinação de conteúdo das normas em aplicação e de análise consequencialista do que se está a propor. Não mais se admite a ação pública como opaca, imotivada, e que se abstrai das consequências. Isso não mais se reconhece como possibilidade, seja ao administrador, seja ao controladora. Na perspectiva do Judiciário, a proposta da Lei 13.655/18 qualifica o debate, que passa a se dar a partir de critérios conhecidos de crítica e de formulação de alternativas exploratórias. Ao juiz caberá empreender a análise comparativa entre as duas perspectivas, resgatando uma dialética que há de ser própria ao exercício da jurisdição.<sup>24</sup>

As reações iniciais à formulação da Lei 13.655/18 foram negativas, especialmente de parte das estruturas que ela mesma qualifica como con-

---

24 Em trabalho anterior já defendi a dialética entre as razões da Administração Pública e aquelas manejadas pelo agente controlador como um componente da deferência, aproximação que é de ser adotada pelo Poder Judiciário quando se cogite de ação pública antecedida do devido dever de planejamento (VALLE, Vanice Regina Lírio do. Deferência como efeito jurídico da ação pública planejada. in LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio e NERY JR. Nelson (coord.). *Crise dos poderes da República. Judiciário, Legislativo e Executivo*. São Paulo: Thomson Reuters – Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 931-948).

troladoras, a saber, Ministério Público e Tribunais de Contas. A resistência se explica porque a norma intensifica o ônus argumentativo da sua atuação, que não mais se pode inspirar em critérios subjetivos, e não se pode resumir igualmente à proposta pura e simples de paralisação da ação administrativa, como se a descontinuidade fosse sempre em si um bem. Fato é que, em que pese o eventual desconforto de um dever de motivação que antes não se tinha posto com maior clareza, objetivar o poder é sempre positivo – e isso é verdade seja quando se cuida do Poder Executivo, seja quando se cogita do não menor poder que se desenvolve no exercício da função controle.

Numa perspectiva sistêmica, é de se dizer que a análise de consequências (por todas as esferas envolvidas) se harmoniza com uma das premissas do conhecimento no campo das políticas públicas, que é a busca de racionalização de recursos para o alcance de finalidade comum. Exigir a perspectiva consequencialista do agente controlador é reclamar que ele demonstra que suprimir ou redirecionar recursos (de toda ordem, não só financeiros) de uma determinada política pública é a opção mais racional. Assim, alinha-se o controle com o objetivo que é posto à ação controlada – o que parece igualmente consentâneo com o objetivo formalmente declinado, que é o de impulsionamento do projeto constitucional de transformação.

De outro lado, o prestígio à racionalidade – seja aquela do administrador, seja a do agente controlador – facilitará, na perspectiva do julgador, a análise do potencial de aproveitamento (ou aprimoramento) da política pública controlada. Ainda que o litígio especificamente considerado envolva situação pontual (e não análise sistêmica), os ônus argumentativos determinados pela Lei 13.655/18 seguem igualmente aplicáveis a outras demandas individuais relacionadas à mesma política pública. Isto tendencialmente permite que ainda que em demanda cujo destinatário final seja efetivamente o titular de direito individual (indisponível ou não), formule-se uma aferição da prática administrativa – e não da projeção de uma determinada cláusula constitucional assecuratória de direito fundamental na esfera subjetiva do substituído processualmente. Restaura-se a prevalência

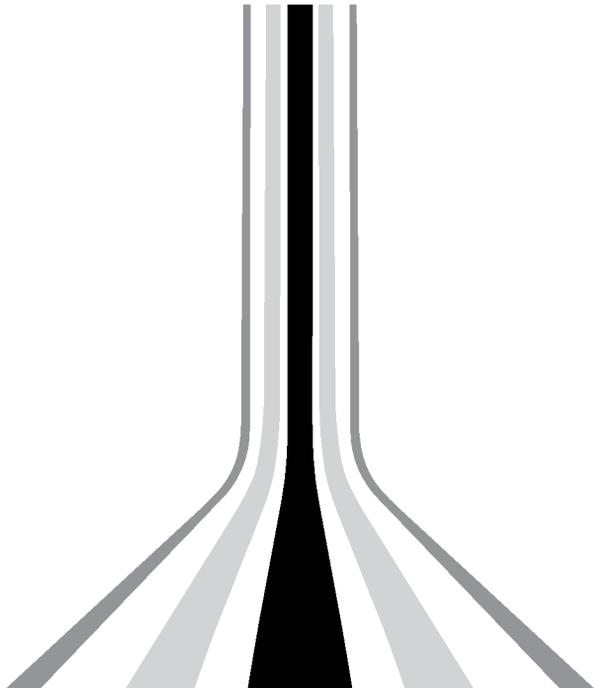
da matriz estrutural, organizadora da ação estatal – e não do atendimento individual ou reparatório.

O fundamental, neste momento de câmbio, é a construção da narrativa em torno da proposta de nova racionalidade veiculada pela Lei 13.655/18. O discurso de que a exigência de ônus argumentativo maniet o controle parece vê-lo mais afinado com o ideal de contenção (do poder) que de emancipação (da pessoa). Mais sintonizado com o *veto* do que com o papel de *player* do projeto de transformação constitucional.

A posição *ab initio* antagônica nas relações para com a Administração não tem contribuído de maneira significativa para o aprimoramento da ação pública, como se verifica todos os dias da leitura dos jornais. A proposta é o estabelecimento de uma nova relação de colaboração e dialética. A ação civil pública não é intrinsecamente vocacionada à demonização do administrador. Ao revés, ela se pretende leito para a construção de uma esfera pública de deliberação. Pública, porque racionalmente fundamentada e conhecida. Esse o projeto que pode encontrar no Judiciário seu maior garantidor.



# LEGISLAÇÃO





# FONAJE – 21 ANOS DE ENUNCIADOS ESTABILIZANDO A JURISPRUDÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS<sup>1</sup>

**Erick Linhares,**

Presidente do Fonaje e Juiz de Direito do TJRR

**Maria do Carmo Honório**

Ex-presidente do Fonaje e Juíza de Direito do TJSP

A Lei nº 9.099 entrou em vigor no final de 1995 e trouxe muitas inovações que representavam rupturas com o processo tradicional. Na área criminal, as medidas despenalizadoras, como transação penal, suspensão condicional do processo e composição de danos, possibilitaram uma persecução penal baseada na celeridade, algo até então inédito. Na esfera cível, o pioneirismo também foi marcante: unicidade de procedimento, prevalência da autocomposição, oralidade e celeridade na condução do processo.

Contudo, a lei também trouxe muitas dúvidas que precisavam ser esclarecidas e lacunas a serem preenchidas. Por isso, em maio de 1997, alguns Coordenadores Estaduais dos recém-criados Juizados Especiais se reuniram em Natal, no Rio Grande do Norte, com o intuito de buscar a melhor interpretação da norma, unificar entendimentos e dar diretrizes aos magistrados que tinham a missão de implantar o novo procedimento no ordenamento jurídico brasileiro.

A princípio com o nome de Fórum de Coordenadores dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Brasil, o evento tinha – e continua tendo – o objetivo de congregar magistrados do Sistema de Juizados Especiais dos

<sup>1</sup> Este artigo foi originalmente publicado na Revista Justiça & Cidadania, ed. 214 (<http://www.editorajc.com.br/fonaje-21-anos-de-enunciados-estabilizando-jurisprudencia-dos-juizados-especiais/>).

Estados e Distrito Federal, compartilhar experiências, uniformizar métodos de trabalhos e procedimentos, por meio de enunciados.

Os encontros nacionais eram realizados a cada seis meses, tradicionalmente em maio e novembro de cada ano, até que deixaram de ser apenas de Coordenadores, passando a ser de todos os integrantes dos Juizados Especiais. Esses magistrados, entusiasmados com a ideia de prestar tutela jurisdicional de forma simples e rápida, assumiram a tarefa de implantar o novo procedimento e começaram a executar projetos de justiça diferenciada, para a democratização do acesso ao Judiciário, como os Juizados Itinerantes e similares.

Rapidamente, aquela reunião simples evoluiu para um projeto genuíno de discussão e aperfeiçoamento dos Juizados Especiais. O nome, então, foi alterado para Fórum Nacional dos Juizados Especiais, o conhecido Fonaje, que se firmou, ao longo dos últimos 21 anos, como um dos maiores intérpretes da Lei 9.099/1995 e, posteriormente, da Lei no 12.153/2009.

Objetivando a aplicação uniforme dessas leis em todo o território nacional, o Fonaje editou enunciados, resultantes de ampla e democrática discussão e deliberação dos seus membros, os quais foram aprovados por Assembleias Gerais, compostas por representantes dos Estados da Federação.

Os enunciados são orientações ao aplicador do Direito e, nesse aspecto, se assemelham às súmulas dos Tribunais, pois garantem previsibilidade e segurança jurídica. Mas se diferenciam porque o seu descumprimento não gera consequências. Sua autoridade é exclusivamente moral.

Esses enunciados depuraram o texto legal, superaram controvérsias e indicaram a solução mais eficiente para as questões do dia a dia. O êxito que alcançaram propiciou o surgimento de uma jurisprudência razoavelmente estável, íntegra e coerente no Sistema dos Juizados Especiais. Algo que apenas em 2015 o legislador previu para o processo comum (art. 926, CPC/2015).

Os números traduzem esse sucesso. No Supremo Tribunal Federal são mais de 100 menções em decisões e acórdãos aos enunciados do Fonaje;

ao passo que no Superior Tribunal de Justiça são quase 400. E o montante impressiona nos demais tribunais, com a citação de mais de 81 mil referências em *sites* de jurisprudência. E na base do Sistema, nos Juizados Especiais, o número chega a milhões.

Por isso, para qualquer operador do Direito, não é desconhecida a influência que os enunciados do Fonaje exercem. Ela se verifica em todos os ramos e em todos os níveis, sendo responsável por inegáveis avanços na aplicação das Leis 9.099/1995 e 12.153/2009.

Por exemplo, o Enunciado Cível no 1, ao afirmar que a competência é facultativa, impediu a transferência de milhares de processos das varas comuns para os Juizados Especiais, o que assegurou a própria sobrevivência do sistema da Lei 9.099/1995.

Já o Enunciado Cível no 62, que trata da competência das Turmas Recursais para julgar mandado de segurança contra atos judiciais oriundos dos Juizados Especiais, colaborou para a consolidação do entendimento que resultou na Súmula no 376 do Superior Tribunal de Justiça.

Outro Enunciado Cível importante foi o de nº 161, que restringiu a aplicação do CPC/2015 aos Juizados Especiais apenas quando houver expressa e específica remissão, ou na hipótese de compatibilidade com os critérios do artigo 2º da Lei nº 9.099/1995. Seu objetivo foi afirmar a autonomia processual do Sistema dos Juizados Especiais e evitar a importação fragmentada de normas no novo Código de Processo Civil, para não descaracterizar o rito.

Na área criminal, os Enunciados também desempenharam papel de vanguarda. Por exemplo, o Enunciado no 34 respaldou a lavratura de Termo Circunstanciado pela Polícia Militar; embora a matéria ainda seja polêmica, é inegável que estimula o combate efetivo à criminalidade de menor potencial ofensivo.

Também merece menção o Enunciado Criminal no 126, que obstou o registro para efeitos de antecedentes, de condenação criminal em caso de usuário de drogas. O Fonaje se alinhou à criminologia moderna e reconhe-

ceu que a Lei de Drogas conferiu um tratamento de descarcerização para o usuário e dependente.

Em relação aos Juizados da Fazenda Pública, ante a omissão do artigo 4o da Lei nº 12.153/2009, o Enunciado Fazendário no 5 aclarou que é de dez dias o prazo para recorrer contra decisão que deferir tutela antecipada. Evitaram-se, assim, inúmeros transtornos e assegurou-se a uniformidade de prazo recursal no Sistema dos Juizados Especiais.

Como se vê, o Fonaje cumpre o objetivo de aperfeiçoar os Juizados Especiais pela uniformização de métodos de trabalho e pela edição de enunciados, conforme previsto no seu Regimento Interno.

Desse modo, é uma das poucas organizações nacionais dedicada expressamente à melhoria de um ramo do Judiciário. É dirigido por um Presidente e, na sua ausência ou impedimento, pelo Vice-Presidente, eleitos dentre seus membros para o mandato de um ano, segundo critério de rodízio por regiões da Federação, na seguinte sequência: nordeste, sudeste, norte, centro-oeste e sul. Isso lhe assegura um caráter de representatividade nacional e uma abertura para os problemas locais.

Tem um Secretário-Geral que lavra as atas de suas reuniões e organiza a sua memória e um representante permanente na capital da República, designado dentre os magistrados dos Juizados Especiais do Distrito Federal.

O Fonaje é um órgão essencialmente transparente, público e democrático; todas as suas deliberações são colegiadas e resultam do diálogo e do consenso, nada é imposto. Se não fosse assim, ele não teria completado 21 anos e não serviria de modelo para outros fóruns similares.

Seus enunciados, por exemplo, têm ampla discussão em grupos temáticos e depois em plenário. Basta ler as suas atas, todas públicas (disponíveis no site do Fonaje). Para propor um enunciado, o interessado não precisa ser juiz, pode ser advogado ou membro do Ministério Público, a quem é garantida voz para a defesa de sua tese (não voto, porque o fórum é de magistrados).

Quem quiser propor um enunciado tem que se inscrever no Fórum de Juizados Especiais e justificar o motivo em um grupo aberto. Após, se habilitado no grupo (que publicamente discutirá e deliberará sobre a pertinência da proposta de enunciado), o texto irá à Plenária, também pública, composta por magistrados de todos os Estados (um por unidade da Federação).

A aprovação de um novo enunciado requer maioria simples de votos dos membros presentes à Plenária, mas a modificação, alteração ou revogação de algum enunciado exige a aquiescência de 2/3 dos presentes na Assembleia Geral.

Até hoje o Fonaje, nos 42 encontros já realizados, editou 170 Enunciados cíveis, 128 criminais e 13 fazendários. Agindo em conjunto e rompendo estereótipos, seus membros conseguiram objetivos que, de outro modo, seriam inalcançáveis, sempre visando a um processo justo, simples e acessível.

A arquitetura institucional do Fórum permitiu que, além da unificação de entendimento por meio de enunciados, ele passasse a tecer ações estratégicas para perenizar as conquistas da Lei n° 9.099/1995.

Assim, o Fonaje trabalhou ativamente para a criação do Sistema de Política Nacional Antidrogas e tem atuado em conjunto com a Secretaria Nacional de Defesa do Consumidor – SENACON em medidas que prestigiam a solução rápida e eficiente de litígios decorrentes de relação e consumo. Além disso, tem acompanhado constantemente os projetos de lei no Congresso Nacional e os procedimentos no Conselho Nacional de Justiça, quando há interesse dos Juizados Especiais.

Contudo, mais do que contemplar o que já foi feito, deve-se olhar adiante, combatendo o perigo de retrocesso. Em 1997, a prioridade era fazer os Juizados Especiais funcionarem. Hoje, o desafio é evitar que naufraguem: é a luta contra a ordinarização de seu rito, contra a precarização (ou a secundarização na estrutura de alguns Tribunais de Justiça) e contra a importação irrefletida de dispositivos do CPC/2015, que podem afastar de vez a chance de manutenção de um sistema de justiça diferenciado no seu modo de proceder, de forma simples e rápida.

Não se pode olvidar que foram as especificidades da jurisdição que elevaram os Juizados Especiais a um sistema de Justiça diferenciado, nacionalmente reconhecido. Enfrentar a demanda crescente, mantendo suas características, é um dos desafios a serem superados. O Fonaje ajuda nessa missão, dando mais racionalidade ao sistema e previsibilidade na aplicação do Direito, por meio de seus enunciados.

Por fim, é importante registrar que esses enunciados cíveis, criminais e fazendários são perpassados pela firme convicção de que mais oralidade, mais simplicidade, mais informalidade, mais economia processual e mais celeridade trouxeram reconhecimento aos Juizados Especiais e, seguramente, garantirão um bom lugar no futuro.

# BREVE ENSAIO SOBRE O RECONHECIMENTO DA USUCAPIÃO DO DIREITO REAL DE LAJE

**Marco Aurélio Bezerra de Melo**

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e  
Mestre em Direito

O direito real de laje<sup>1</sup> se constitui em uma unidade imobiliária autônoma em relação à pertencente ao dono do prédio sobre o qual é assentada a construção, conferindo ao seu titular os poderes inerentes ao domínio: usar, fruir, dispor e reaver, isto é, vemos o lajeiro como autêntico proprietário da laje e da acessão que implantar, sendo difícil até mesmo a sua identificação como direito real sobre a *coisa alheia*, reconhecida a existência de controvérsia nessa questão.

A forma como o indigitado direito veio positivado pela Lei 13.465/17 (art. 1510-A e segs, CC) pode não atingir com a eficiência esperada os fins da demanda por regularização fundiária das habitações construídas sobre imóveis alheios, quer nos assentamentos humanos informais, denominados popularmente como *favela*, quer em situações outras individuais nas quais a *construção-base* não ostente a situação proprietária regular com registro no cartório imobiliário.

Essa frustração pode se verificar porque no mundo dos fatos o denominado *direito de laje* surge na informalidade jurídica, a partir das edificações em imóveis que não possuem assento registral imobiliário ou por cessão da posse da laje por quem é possuidor da *construção-base* e não proprietário.

1 Sobre o tema: Rodrigo Mazzei. O Direito de Superfície e a Sobrelevação (O Direito de construir na edificação alheia ou direito de laje). 2011. Revista Jurídica, 409, p. 67/84.

A premissa legal estabelecida no artigo 1.510-A do Código Civil, de prestígio à propriedade regular, é equivocada. É o que se depreende do citado dispositivo legal, *verbis*: “o *proprietário de uma construção-base* poderá ceder a superfície superior ou inferior de sua construção, a fim de que o titular da laje mantenha unidade distinta daquela originalmente construída sobre o solo”.

Como dito, o que se verifica no mais das vezes é o possuidor do solo alienar, a título gratuito ou oneroso, o direito de construir sobre a sua edificação. Não se nega a importância da regularização registral do *direito de laje*, fartamente utilizado em comunidades de baixa renda, mas não é possível importar o modelo do *direito de sobrelevação* português ou suíço com adaptações que não encontram no espaço urbano de ocupação coletiva ou individual a mesma realidade vivenciada em outros países.

A admitir o direito posto na novel legislação, primeiro deverá ser regularizada a situação do *dominus soli* para, ato contínuo, proceder ao registro do direito real daquele que adquiriu a posse da laje. O fato é que enquanto tal situação jurídica não se verificar, a relação estabelecida entre os moradores será meramente obrigacional e a segurança jurídica de tais transações estará entregue à boa-fé das pessoas que a entabulam ou, se for o caso, ao registro de tal venda junto à Associação de Moradores<sup>2</sup>, local que costuma intervir no negócio jurídico e arquivá-la entre os seus documentos, a fim de atribuir a necessária efetividade ao contrato. A pessoa jurídica criada serve, não raro, para amparar e conferir segurança jurídica aos atos de alienação da laje, funcionando como um órgão registral de fato e informal, à guisa de um direito consuetudinário.

Lamentavelmente, com a entrada em vigor do decreto federal regulamentador nº 9.310/18 (arts. 58 a 63) não houve qualquer avanço com relação ao reconhecimento formal da juridicidade da posse de lajes.

2 Cláudia Franco Corrêa. Controvérsias entre o “direito de moradia” em favelas e o direito de propriedade imobiliária na cidade do Rio de Janeiro, 2012, p. 169.

Nesse ângulo de visada, colaboramos muito timidamente com a professora Cláudia Franco na elaboração de anteprojeto de lei, que se encontra em fase de estudos pelo Governo Federal e que objetiva acrescer ao direito real de laje a possibilidade de reconhecimento de usucapião, tendo como objeto o espaço aéreo possuído por aquele que gratuita ou onerosamente adquiriu a posse da laje para nela edificar a sua moradia.

Importante assinalar que esse expediente seria utilizado na reurbanização de interesse social (REurb-S) estabelecida pela lei 13.465/17, *verbis*:

## Capítulo V

### DO DIREITO REAL DE LAJE

#### Seção I

#### Da Laje

#### *Seção II*

#### *DA POSSE DA LAJE*

*Art. 1.510-F A posse do direito de laje constitui direito real autônomo, conferindo ao seu titular o direito de usar, gozar, dispor e reaver.*

*Art. 1.510-G Aquele que possuiu como seu espaço aéreo não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, de terrenos públicos ou privados, tomados em projeção vertical, como unidade imobiliária autônoma, não contemplando as demais áreas edificadas ou não pertencentes ao proprietário da construção-base, tem a concessão do direito real de laje para fins de moradia ou direito real de laje, desde que não seja concessionário ou proprietário, a qualquer título, de outro imóvel urbano ou rural.*

*§ 1º O direito de que trata este artigo pode ser cedido a título gratuito ou oneroso e transferível por ato inter vivos ou causa mortis.*

§ 2º Os sucessores legítimos e testamentários não ficam impedidos de exercer o direito previsto no parágrafo anterior ainda que sejam proprietários de outro imóvel urbano ou rural.

§ 3º O possuidor pode, para o fim de contar o prazo exigido por este artigo, acrescentar sua posse à de seu antecessor, contanto que ambas sejam contínuas.

§ 4º O direito de que trata este artigo pode ser objeto de alienação fiduciária, em conformidade com a *Lei nº 9.514/97*.

§ 5º *Para fins de REURB S, o direito de que trata este artigo dependerá de comprovação de que a unidade imobiliária atende a critérios de habitabilidade, entendendo-se como tal as condições da edificação ao uso a que se propõe dentro da realidade em que se situa o imóvel, não sendo necessária certidão de habite-se.*

§ 6º A unidade imobiliária deverá ter saída própria, direta ou indiretamente para via pública e possuir designação numérica ou alfabética para fins de identificação.

Em um emblemático caso concreto ocorrido na 26ª Vara Cível da Comarca de Recife, Pernambuco (procs. nº 0027691-84.2013.8.17.0001 e 0071376-44.2013.8.17.0001), o juiz Rafael de Menezes resolveu com exame do mérito duas demandas de usucapião.

A primeira envolveu o imóvel de um casal que figurou como cessionário em uma cessão de direitos hereditários ocorrida em 1988 e, preenchidos os requisitos objetivo, subjetivo e temporal da prescrição aquisitiva, teve a declaração de propriedade pelo referido meio originário de aquisição do domínio formal. Até aí nada que não ocorra diariamente nos juízos cíveis país afora. Sucede, entretanto, que o casal cessionário há mais de dez anos cedeu a laje para que sua filha edificasse uma acessão utilizada para moradia e ela também ajuizou a sua ação de usucapião, postulando a declaração do domínio do imóvel edificado.

Pela dogmática clássica do direito civil brasileiro, a segunda ação estaria fadada completamente ao insucesso não fosse a entrada em vigor

da Lei 13.465/17, que, modificando o Código Civil, passou a admitir o reconhecimento do direito de laje (art. 1.510-A, CC), pois cediço que aquele que constrói em terreno alheio perde em proveito do dono aquilo que edificou, tendo direito à indenização e retenção se estiver de boa-fé (art. 1255, *caput*, CC).

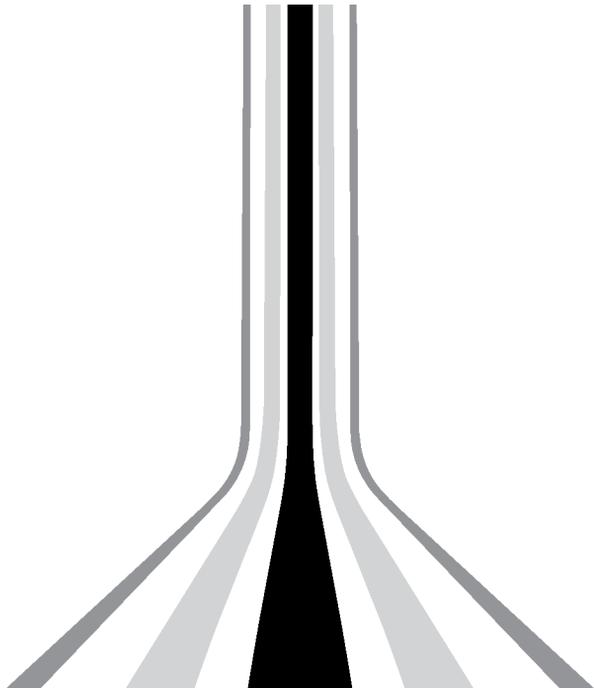
E sob a esteira da novel legislação, o ilustre magistrado acima referido julgou improcedente a ação de usucapião da propriedade do imóvel edificado em cima da laje dos outros autores, que tiveram a propriedade declarada em outro processo (casa 743 da Rua Bomba do Hemetério, 743 – Água Fria – Recife/PE), mas teve a sensibilidade de reconhecer o direito real de laje da casa 743-A com todos os consectários registrares imobiliários de direito autônomo de usar, fruir, dispor e reaver o novo direito real, na forma do artigo 1510-A, § 3º, do Código Civil.

A citada decisão é digna dos mais sinceros encômios, pois adequou com sabedoria o direito posto a situações pontuais e concretas nascidas na “vida como ela é”, e, sem agredir a ordem jurídica, conferiu ao jurisdicionado a segurança jurídica a que faz jus no exercício da sua titularidade imobiliária utilizada para fins de moradia, direito social fundamental (art. 6º, CRFB).





# DECISÕES COMENTADAS





# **PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NÃO É REINCIDENTE RÉU CONDENADO POR PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO, DECIDE STJ<sup>1</sup>**

REsp 1.672.654

Considerar reincidente réu que já foi condenado por porte de drogas para uso próprio viola o princípio da proporcionalidade. Com esse entendimento, os ministros da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça negaram provimento a um recurso especial do Ministério Público de São Paulo.

Segundo a relatora, ministra Maria Thereza de Assis Moura, o Supremo Tribunal Federal entende que o porte de drogas para consumo foi “despenalizado, mas não descriminalizado”. E por causa disso o STJ vem considerando o “crime” como causa de aumento de pena por reincidência.

Mas, de acordo com a ministra, considerar um réu reincidente por causa de um crime cuja pena sequer é prisão viola o princípio constitucional da proporcionalidade. “Se a contravenção penal, punível com pena de prisão simples, não configura reincidência, resta inequivocamente desproporcional a consideração, para fins de reincidência, da posse de droga para consumo próprio, que, conquanto seja crime, é punida apenas com ‘advertência sobre os efeitos das drogas’, ‘prestação de serviços à comunidade’ e ‘medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo’, mormente se se considerar que em casos tais não há qualquer possibilidade de conversão em

<sup>1</sup> Este artigo foi originalmente publicado na Revista Consultor Jurídico em 7 de setembro de 2018 (<https://www.conjur.com.br/2018-set-07/nao-reincidente-reu-condenado-porte-drogas-uso-proprio>).

pena privativa de liberdade pelo descumprimento, como no caso das penas substitutivas”, afirma Maria Thereza.

Ela lembrou que há discussões a cerca da constitucionalidade do artigo 28 da Lei de Drogas com base nas garantias constitucionais da intimidade e da vida privada. Ela cita o entendimento do ministro Gilmar Mendes, relator do RE 635.659, que votou pela inconstitucionalidade da criminalização do porte de drogas para consumo. O julgamento foi interrompido por pedido de vista e nunca foi retomado.

“Assim, em face dos questionamentos acerca da proporcionalidade do direito penal para o controle do consumo de drogas em prejuízo de outras medidas de natureza extrapenal relacionadas às políticas de redução de danos, eventualmente até mais severas para a contenção do consumo do que as medidas previstas atualmente, que reconhecidamente não têm apresentado qualquer resultado prático em vista do crescente aumento do tráfico de drogas, tenho que o prévio apenamento por porte de droga para consumo próprio, nos termos do artigo 28 da Lei de Drogas, não deve constituir causa geradora de reincidência”, concluiu a relatora seguida por unanimidade pelos demais membros do colegiado.

# DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DEVER DE SILÊNCIO

**Marcos Augusto Ramos Peixoto**

Juiz Titular da 37ª Vara Criminal do TJRJ.

(Recebido: 14/05/2018 Aprovado: 18/05/2018 e 13/08/2018)

**RESUMO:** A partir de um acórdão lavrado pela magistrada Kenarik Boujikian junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo no ano de 2018, desenvolve-se a tese de que a vedação à produção de prova testemunhal prevista no artigo 207 do Código de Processo Penal brasileiro tem como fundamento o direito constitucional ao silêncio dos investigados e acusados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Prova ilícita; Sigilo profissional; Direito ao silêncio.

**ABSTRACT:** Based on an Opinion delivered by Judge Kenarik Boujikian at the Court of Justice of São Paulo in 2018, follows the conclusion that the prohibition of testimonial evidence produced by legal professional privilege holders provided in article 207 of the Brazilian Criminal Procedure Code is rooted on the Constitutional right to silence granted to the investigated and accused.

**KEYWORDS:** Exclusionary rule; Legal professional privilege; Right to silence.

## INTRODUÇÃO

No dia 08 de março de 2018, a 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por maioria e em conformidade com o voto da desembargadora relatora Kenarik Boujikian, concedeu a ordem nos autos do *Habeas Corpus* nº 2188896-03.2017.8.26.0000 para determinar, em virtude do reconhecimento de ilicitude probatória, o trancamento de ação penal por ausência de justa causa, vencido o segundo julgador que denegava a ordem.

O aresto restou assim ementado:<sup>1</sup>

HABEAS CORPUS. Aborto. Trancamento da ação penal. Inconstitucionalidade do tipo penal imputado à paciente, pela não recepção à ordem constitucional de 1988. Posição minoritária da relatora, o que impede encaminhar a tese para julgamento do Órgão Especial do TJSP, competente, nos termos do artigo 97 da Constituição Federal, anotando a súmula vinculante 10 (cláusula de reserva). Normativa constitucional de proteção da dignidade humana e intimidade, além do direito à saúde. Legislação infraconstitucional que dá concretezude à normativa constitucional. Prova ilícita originária e por derivação. Nexo de causalidade entre a prova ilícita e a prova derivada. Médicos e outros profissionais e todos vinculados à informação confidencial têm o dever ético e jurídico de guardar o segredo que têm acesso em razão da relação de confiança estabelecida e ínsita na relação médico-paciente. Reprovável a ação médica que viola o sigilo, sem o permissivo legal. Constrangimento ilegal configurado. Ordem concedida.

(TJSP; Habeas Corpus 2188896-03.2017.8.26.0000; Relator (a): Kenarik Boujikian; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 5ª Vara do Júri; Data do Julgamento: 08/03/2018; Data de Registro: 12/04/2018)

Quanto aos fatos, segue o relato contido no corpo do voto vencedor:

A paciente, de 21 anos, afirmou que tinha ciclo menstrual irregular e passado um tempo, cerca de dois meses após ter mantido uma relação sexual, fez o exame e constatou que estava grávida. Não estava preparada para uma gravidez, estava desempregada e não contou o fato para qualquer pessoa e tampouco para sua

<sup>1</sup> Íntegras do acórdão e do voto vencido disponíveis em: [https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversatio nId=&cdAcordao=11352914&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha\\_a4756836220e4e08b84d859ad5e0ca c1&vCaptcha=hmN&novovICaptcha=](https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversatio nId=&cdAcordao=11352914&cdForo=0&uuiidCaptcha=sajcaptcha_a4756836220e4e08b84d859ad5e0ca c1&vCaptcha=hmN&novovICaptcha=), acesso em 02 de maio de 2018.

mãe, que estava em gestação final, de uma gravidez de risco, e com um filho de dois anos para criar, sendo que a mãe trabalhava e o padrasto passava muito tempo fora da casa.

Não queria levar a gravidez adiante. Foi ganhando tempo para saber o que fazer, pois estava desempregada; tinha medo de contar para sua mãe, pois sofreria represálias e levou em conta a situação que sua mãe passava. Tinha ouvido que era possível o abortamento com o uso do medicamento conhecido como Citotec. Conseguiu informação sobre tal remédio pela internet e comprou o mesmo ao preço de quatrocentos e cinquenta reais, sendo que a compra foi efetuada na Praça da Sé. Provocou o abortamento, sem falar com qualquer pessoa, mediante a ingestão de dois comprimidos de Citotec e introdução de outros dois comprimidos do mesmo medicamento, por via vaginal. Neste dia, depois que sua mãe chegou do trabalho, nada disse para ela e como já estava sentindo dores, achou por bem ir para casa de sua tia, testemunha que foi inquirida na fase policial, onde passou muito mal e sentiu dor abdominal intensa. Foi levada ao hospital pela tia, onde foi atendida.

A tia da paciente asseverou que não sabia da gravidez. A sobrinha esteve em sua casa e começou a sentir fortes dores, razão pela qual a levou ao Pronto Socorro. Soube da gravidez e depois recebeu o documento que disseram que teria que levar para a delegacia.

A instauração do inquérito policial e toda prova produzida teve início em razão do encaminhamento que foi feito no hospital onde a paciente foi atendida, quando ela entregou o documento subscrito pela médica que atendeu sua sobrinha.

A tia da paciente recebeu o documento de fls. 194, com a orientação de que deveria levar o mesmo ao distrito policial, o que foi feito. (grifo no original).

## 1. A NÃO RECEPÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE ABORTO

O aresto em questão, corretamente, não desceu até minúcias quanto à não recepção do tipo penal de aborto pela ordem constitucional vigente desde 1988, o que tampouco será objeto central deste artigo eis que focado na questão da prova ilícita – mesmo porque foi este o fundamento principal para a concessão do *Habeas* em comento.

De fato, não dispondo de maioria junto à 15ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo para levar o tema ao Órgão Especial daquele Tribunal, em observância à cláusula de reserva de plenário e aos termos da Súmula Vinculante 10 do Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>, limitou-se a desembargadora relatora Kenarik Boujikian a ressaltar seu entendimento pessoal sobre a matéria no sentido da não recepção do tipo incriminador previsto no artigo 124 do Código Penal, imputado à paciente do *Habeas Corpus*, salientando a necessidade de adensamento dos debates a tal respeito dentro do Judiciário, sobretudo após os julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 (aborto de feto anencéfalo) e do HC 124.306, que tramitou perante a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a qual, por maioria, deu interpretação conforme a Constituição aos artigos 124 a 126 do Código Penal, que tipificam o crime de aborto, e declarou a “inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre”.

Citou em seu voto a desembargadora Boujikian, ainda que *en passant* (pela razão acima indicada), a crescente demanda em torno da garantia da saúde da mulher, de seus direitos sexuais e reprodutivos, o direito à não manutenção de gestação indesejada, o direito à integridade física e psíquica da gestante, a autonomia de vontade da mulher quanto a suas escolhas existenciais, o direito à liberdade e igualdade, o número crescente de países

<sup>2</sup> Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

que descriminalizaram o aborto e decisões das Cortes Internacionais de Direitos Humanos que tratam do direito à vida, tudo sem perder de vista o impacto dessa criminalização sobre as mulheres pobres<sup>3</sup>, relegando-as ao abortamento inseguro que constitui uma das maiores causas de mortes entre as mulheres gestantes brasileiras.

Vale acrescentar neste ponto – em que pese o quase exaurimento dos temas lembrados por Boujikian, de maior relevância em torno do direito ao aborto dentro de um Estado Democrático de Direito em que se confira plenitude aos direitos humanos e fundamentais da mulher –, ainda que também superficialmente (pelo motivo igualmente acima indicado), que muitos mencionam o direito à vida do feto em oposição ao direito ao aborto, mas se esquecem de alocar um pequeno adjetivo ao lado daquele substantivo: o direito à vida **digna**.

De fato, no que toca ao feto, é necessário lembrar que mesmo a vida não é um direito absoluto (por exemplo: pode ser retirada, em situações extremas, v.g. em legítima defesa ou estado de necessidade, a vida daquele que coloca em risco de forma ilegítima a vida de outrem).

Exigir que terceira pessoa mantenha gravidez indesejada, que potencialmente gerará uma vida não querida seja por razões de ordem psicológica seja por motivos de natureza material, é dar ensejo ao nascimento de crianças que serão, logo em seguida a seus nascimentos, abandonadas material ou imaterialmente, afetivamente, intelectualmente, e que jamais serão atendidas, sustentadas, criadas, educadas por aqueles que defenderam/exigiram seu nascimento – estes, muito provavelmente, pelo contrário, serão os primeiros a virarem o rosto diante da criança abandonada, miserável, pedinte, isto quando não são os mesmos que incoerentemente de um lado lutam contra o aborto enquanto de outro defendem a pena de morte.

---

3 Sobre a questão, relevantíssimo o levantamento feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro ao demonstrar que a maioria das mulheres processadas por aborto nesse Estado é negra e pobre, disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/aborto-levantamento.pdf>, acesso em 03 de maio de 2018.

Portanto, o direito ao aborto é, também, em situações extremas (repi-to), uma forma de legítima defesa do feto: a depender das circunstâncias, evita a mãe que o nascituro venha à luz para subsistir de forma indigna, para levar uma vida desumana, cruel, de absoluto abandono e desamparo abaixo da linha da pobreza, sendo o aborto, nestes casos, não só uma opção totalmente legítima da mulher gestante por todos os fatores elencados por Boujikian (cabendo lembrar ainda a ausência de acesso efetivo, pela mulher miserável, a políticas estatais condignas e eficazes de controle de natalidade), como também um ato de amor extremo da mãe – em tudo similar a determinadas situações de eutanásia ou ortotanásia, nas quais presente o mesmo sentimento nobre no momento da morte de outrem a quem se ama – e ninguém duvida da transcendental potência de um amor materno.

## 2. A PROVA ILÍCITA

Passando ao tema principal, pode-se dizer que a prova ilícita é espécie do gênero nulidades processuais. Controvertida, sem dúvida, a afirmação. Sigo aqui, entretanto, o magistério de Ricardo Jacobsen Gloeckner, cabendo citá-lo:

Nesse momento entra em cena a dinâmica entre a teoria das nulidades e as provas ilícitas. O ato processual inválido trata de todos os atos processuais, atribuindo-se-lhes uma consequência jurídica negativa em caso de desobediência à forma prescrita. Um ato processual nulo poderá corresponder a um ato de comunicação (v.g., a citação), um ato de defesa ou acusação (não abertura de vistas do processo para memoriais), um ato recursal (não concessão de prazo para recorrer) e, inclusive, um ato relativo à produção probatória. Pode-se afirmar que a teoria da prova ilícita se enquadra dentro do gênero nulidade. O efeito do reconhecimento de uma prova como ilícita é a sua imprestabilidade para gerar efeitos. Essa imprestabilidade decorrerá de uma decisão declaratória da nulidade (invalidade) da realização da prova. (GLOECKNER, 2017, p. 167).

Tereza Armenta Deu, em profundo estudo de direito comparado sobre a prova ilícita, salienta a dificuldade para se estabelecer um conceito unívoco sobre o tema, ao menos no plano comparativo entre os diversos ordenamentos constitucionais e legais por ela analisados:

Como se comprovará mais adiante, ao tratar dos tipos de prova ilícita, essa pode ter diferentes causas: ser prova expressa e legalmente proibida; ser irregular ou se tornar defeituosa, imputando-lhe proibição em vista de seu objeto (proibição de prestar testemunho para aqueles que estão obrigados a guardar segredo); utilizar determinados métodos de investigação (torturas, coações ou ameaças); referir-se a determinados meios de prova (testemunho entre parentes, testemunhos de referência); violar direitos fundamentais; ser irregular ou se tornar defeituosa. Também pode produzir-se em diferentes momentos (antes ou no processo); operar em benefício do causador da ilicitude ou de um terceiro, ou, finalmente, consistir em atuações de diferentes sujeitos (acusadores ou acusados).

Essa diversidade de perspectivas, junto às inegáveis conotações sociopolíticas que acompanharam suas diferentes configurações, explica que o conceito de prova ilícita não seja unívoco, servindo para incorporar patologias jurídicas, em ocasiões bastante diversas. A isto contribui, por outro lado, a ausência frequente de um regime legal, ou que esse se encontre diluído em normas específicas e de conteúdo nem sempre equiparável. (DEU, 2014, p. 37).

Em sentido convergente caminha o ensinamento de Michele Taruffo:

Para poderem ser admitidos, os meios de prova relevantes devem ser também juridicamente admissíveis. Isso significa que todo elemento de prova relevante deve ser considerado também sob o prisma dos critérios jurídicos de admissibilidade. Um elemento de prova relevante pode ser descartado por razões jurídicas, isto é, no caso de uma norma jurídica específica

proibir sua admissão. Todos os sistemas processuais incluem normas relativas à admissibilidade da prova, mesmo que em geral reconheça-se que o âmbito da prova liga-se mais à lógica e à epistemologia do que propriamente à regulação jurídica. As normas relativas à admissibilidade da prova variam de acordo com as diferentes concepções acerca da sua natureza e função nos contextos processuais. Podem variar, também, com base nos diferentes enfoques à proteção de valores ou interesses que podem colidir com o princípio fundamental segundo o qual a apresentação de todo elemento de prova relevante deve ser permitida. (TARUFFO, 2014, p. 39).

Dentro do contexto e especificidades do Direito brasileiro – sobretudo sob a ótica acolhida não só neste artigo, mas também no julgado ora comentado – é necessário lembrar desde logo que a vedação à utilização da prova ilícita dispõe de assento constitucional na qualidade de direito fundamental (cláusula pétrea), o que torna inequívoca e incisiva sua proibição desde o constituinte originário, vindo insculpida no inciso LVI da Carta Maior nos seguintes termos: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” – o que nos leva à lição de Antonio Pedro Melchior e Rubens Casara (também lembrados, em passagem diversa, pelo voto da desembargadora Boujikian):

O princípio da inadmissibilidade de utilização de provas ilícitas traduz, acima de tudo, um imperativo da racionalidade.

O Estado, que se apresenta como reserva de razão, não pode agir de forma irracional e/ou ilegal. Enuncia este princípio, previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que as provas ilícitas são inadmissíveis, independentemente da sua relevância.

Percebe-se, portanto, que o direito à prova é limitado. A questão probatória encontra-se no ponto de tensão entre o interesse na busca da verdade e o respeito aos direitos fundamentais. A prova ilegal (ou prova vedada) é gênero (Nuvolone) do qual

são espécies a prova ilícita (em sentido estrito), ou seja, a obtida com violação a regras e princípios de direito substancial, e a prova ilegítima, isto é, a obtida com violação a regra ou princípio de direito processual. Diante desse quadro, e, por evidente, a violação de regras ou princípios constitucionais irá gerar a inadmissibilidade processual da prova. (CASARA; MELCHIOR, 2013, p. 345).

Há entendimento convergente da parte de Luiz Francisco Torquato Avolio. Doutrinando antes da reforma processual penal de 2008 e, em específico, anteriormente às modificações inseridas no artigo 157 do Código de Processo Penal pela Lei 11.690/2008, sustentou:

Com relação às provas ilícitas, a Constituição brasileira de 1988, a exemplo das Constituições da Nicarágua (art. 125), da Bolívia (art. 20) e de El Salvador (art. 159), e, posteriormente, de Portugal, explicitou a sua vedação no art. 5.º, inc. LVI, que as considera inadmissíveis no processo. Alcançou-se, assim, pela via constitucional, uma consequência que não se poderia deduzir a partir do sistema processual penal vigente, que sequer ensejaria, como resulta do tópico precedente, a cominação de nulidade absoluta para as provas consideradas inadmissíveis. O mínimo que se poderia afirmar, com Ada Pellegrini Grinover, é que, portanto, o ingresso da prova ilícita no processo, *contra constitutionem*, importa na nulidade absoluta dessas provas, que não podem ser tornadas como fundamento por nenhuma decisão judicial. (AVOLIO, 1999, p. 94).

Pondo em relevo, da mesma forma, o fator de ordem constitucional envolvido na prova ilícita, sobretudo quando violadas (outras) garantias fundamentais do cidadão, Antonio Scarance Fernandes encaminha, outrossim, a questão para o cerne do aresto aqui analisado, i.e., a possibilidade de se originar uma prova ilícita de ato não só de autoridades envolvidas na persecução criminal, mas também de particular; vejamos:

São várias as inviolabilidades postas como garantias na Constituição Federal para resguardo dos direitos fundamentais da pessoa: inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (art. 5.º, XII), inviolabilidade do domicílio (art. 5.º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5.º, XII). A Carta Magna protege, ainda, o homem contra a tortura ou tratamento desumano ou degradante (art. 5.º, III), e ampara o preso em sua integridade física e moral (art. 5.º, XLIX). A violação destas e de outras garantias individuais de natureza constitucional para a produção de prova acarreta a formação de prova ilícita.

Pretendendo pôr fim ao dissenso na doutrina e na jurisprudência, o legislador constituinte vedou expressamente a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5.º, LVI). Pouco importa quem conseguiu a prova. Normalmente, deriva de ato de autoridades encarregadas da persecução penal, mas também pode resultar da atividade desenvolvida por particular. (FERNANDES, 2002, p. 85-86).

Neste mesmo sentido, o posicionamento de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho:

De fato, a proibição de utilização de prova obtida por meio ilícito no processo é uma regra posta a serviço do princípio que declara as diversas espécies de inviolabilidades previstas no artigo 5º da Constituição: intimidade, vida privada, honra, imagem, domicílio, correspondência postal e comunicações em geral. Não se trata de um princípio carente de densidade (como visto no capítulo II), mas da própria regra que existe para atribuir densidade ao princípio que consagra as inviolabilidades referidas. (CARVALHO, 2006, p. 93).

De todo o exposto, em que pesem as mais diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca desta temática, parece incontroverso que violações, por autoridades públicas ou por particulares, a qualquer garantia

fundamental insculpida em norma constitucional, ensejam a pecha de nulidade justificando e fundamentando a declaração de ilicitude da prova assim gestada ou produzida, sendo incogitável o recurso ao princípio da proporcionalidade para conferir uma sobrevida a provas dentro de tal contexto ao argumento da alegada superioridade de um interesse público na apuração e punição de condutas criminosas sobre um pretense interesse meramente privado, sendo relevante aqui buscar socorro junto às palavras de Aury Lopes Júnior:

O perigo dessa teoria é imenso, na medida em que o próprio conceito de proporcionalidade é constantemente manipulado e serve a qualquer senhor. Basta ver a quantidade imensa de decisões e até de juristas que ainda operam no reducionismo binário do interesse público x interesse privado para justificar a restrição de direitos fundamentais (e, no caso, até a condenação) a partir da “prevalência” do interesse público...

É um imenso perigo (grave retrocesso) lançar mão desse tipo de conceito jurídico indeterminado e, portanto, manipulável, para impor restrição de direitos fundamentais. Recordemos que o processo penal é democratizado por força da Constituição, e isso implica a revalorização do homem, en toda la complicada red de las instituciones procesales que solo tienen un significado si se entienden por su naturaleza y por su finalidad política y jurídica de garantía de aquel supremo valor que no puede venir sacrificado por razones de utilidad: el hombre.<sup>4</sup>

E mais, aqueles que ainda situam a discussão no campo público versus privado, além de ignorarem a inaplicabilidade de tais categorias quando estamos diante de direitos fundamentais, possuem uma visão autoritária do direito e equivocada do que seja sociedade (e das respectivas categorias de interesse público, coletivo, etc.).

4 Em tradução livre: “isso implica a revalorização do homem, em toda a complicada rede de instituições processuais que só têm um significado se se entendem por sua natureza e por sua finalidade política e jurídica de garantia daquele supremo valor que não pode vir sacrificado por razões de utilidade: o homem”.

Entendemos que a sociedade deve ser compreendida dentro da fenomenologia da coexistência, e não mais como um ente superior, de que dependem os homens que o integram. Inadmissível uma concepção antropomórfica, na qual a sociedade é concebida como um ente gigantesco, no qual os homens são meras células, que lhe devem cega obediência. Nossa atual constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior, essa visão antropomórfica que corresponde a um sistema penal autoritário. Em suma, no processo penal, há que se compreender o conteúdo de sua instrumentalidade, e recusar tais construções”. (LOPES JR., 2008, p. 550-551).

Idêntica, também aqui, a lição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, agora especificamente em relação ao uso de prova ilícita:

Daí porque é extremamente difícil afastar a regra que declara a proibição de utilização processual de prova ilícita. É que a regra referida é resultado de uma ponderação já feita pelo constituinte: entre as inviolabilidades prescritas pela Constituição, de um lado, e eventualmente a segurança pública (e a verdade processual), de outro, o constituinte sobrevalorizou a primeira, em detrimento da segunda. Mais precisamente, entre a intimidade (e os demais bens protegidos pelos incisos X, XI e XII, do artigo 52, da Constituição) e chegar-se o mais próximo possível da verdade do processo, prevaleceu a proteção daqueles bens. Isso quer dizer que a Constituição assume que o Estado prefere não punir do que punir violando a personalidade das pessoas. (CARVALHO, 2006, p. 93).

Por fim, neste ponto, o ensinamento de André Nicolitt:

O objetivo do processo penal não é uma verdade absoluta, menos ainda a qualquer preço, e a condição de validade da prova é o respeito ao devido processo e às garantias individuais. Neste

passo, a acusação tem o ônus da prova e só pode se desincumbir deste ônus com respeito à lei. Sendo assim, a verdade que se busca no processo está limitada pelo devido processo e pelas garantias fundamentais. (NICOLITT, 2014, p. 635).

### 3. A PROVA ILÍCITA NO CASO CONCRETO

O magistério de Antonio Scarance Fernandes, conforme acima adiantamos, é oportuno porquanto no caso concreto levado ao conhecimento do Tribunal de Justiça de São Paulo no *Habeas Corpus* nº 2188896-03.2017.8.26.0000, a prova declarada ilícita, como visto, se originou da atitude de uma médica que, ao atender a paciente em situação (a princípio) adequada ao tipo penal contido no artigo 124 do Código Penal (autoaborto), descreveu explicitamente tal circunstância em documento entregue à família, que recomendou que fosse encaminhado à Delegacia Policial, o que ingenuamente foi providenciado por uma tia da paciente (da médica e no *Habeas*).

Como consta do aresto lavrado pela desembargadora Boujikian, “a médica registrou, além de diversas informações: “mãe compareceu no pronto-socorro de ginecologia, onde constatou-se medicação intravaginal abortiva” (fl. 194)”. E dá sequência a relatora do acórdão:

não fosse a médica efetuar o registro desta informação no documento, que recebeu sob o sigilo médico, e encaminhá-la para a delegacia, não haveria prova alguma contra a acusada e a persecução criminal não teria sido instaurada.

Constata-se, desta feita, que a prova ilícita se originou, como dito, de ato de particular em fase ainda pré-processual (na verdade ainda mesmo pré-investigatória, o que será melhor analisado mais à frente), o que de maneira alguma a desveste de seu caráter ilícito por violação a diversos ditames constitucionais.

## 4. OS FUNDAMENTOS DO VOTO VENCEDOR

A atitude da médica, chocante e reprovável (como sustenta a desembargadora Boujikian), além de violadora da ética médica (o que também será adiante melhor elucidado) e do direito constitucional à saúde, notabiliza-se, nas palavras do aresto, “por ter produzido prova ilícita, na medida em que feriu o princípio constitucional da tutela à intimidade e um dos fundamentos da República Brasileira, agasalhado no artigo 3º da Constituição Federal: a dignidade da pessoa humana”. E segue a magistrada em seu voto:

**Sob o manto destes princípios e valores fundantes é que se encontra o direito ao segredo profissional, com normativa que pode ser encontrada: no artigo 154 do Código Penal (que tipifica o crime de revelação de segredo, sem justa causa, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem); artigo 207 do Código de Processo Penal (estabelece a proibição de depor para as pessoas que devem guardar segredo em função de ministério, ofício ou profissão); no artigo 229, inciso I do Código Civil; artigos 347, inciso II e 406, inciso II do Código de Processo Civil; além do Código de Ética Médica, do Conselho Federal de Medicina. (grifos no original).**

## 5. DO DIREITO AO SILÊNCIO AO DEVER DE SILÊNCIO

Em que pese a profundidade do voto paradigmático lavrado pela desembargadora Boujikian e o quase exaurimento, por ela, dos variados e relevantes temas de ordem jurídica trazidos à magistrada pela difícil e delicada questão fática posta em Juízo, o direito constitucional ao silêncio não deve ser olvidado, justamente por ser o recôndito fundamento do artigo 207 do Código de Processo Penal, que dita: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Eugênio Pacelli e Douglas Fischer chegam a afirmar, quanto ao artigo 207 do Código de Processo Penal, que “os fundamentos do sigilo não estão bem esclarecidos, diante da multiplicidade de atividades protegidas (função, ofício), sem qualquer referência quanto a elas”. (PACELLI; FISCHER, 2017, p. 445).

Mas o fato é que determinados problemas da vida cotidiana impõem que o cidadão procure certos profissionais para com eles tratar desses temas em regime de confiança e confidencialidade: em questões religiosas (e lembremos que a liberdade de crença é assegurada pela Constituição Federal), querendo eventualmente, em respeito à própria fé, purgar mesmo que graves pecados, há de ser procurado um sacerdote; dificuldades jurídicas (e o acesso à justiça também é garantia constitucional) ensejam a busca de um advogado; questões de saúde (e o direito à saúde de igual modo recebe respaldo constitucional) implicam na consulta a um médico.

Não diligenciando, poderá aquele cidadão, por exemplo (a depender de sua religião), não ser absolvido em vida de seus pecados, ser processado e condenado judicialmente ou mesmo morrer por força de alguma enfermidade; logo, nestas como também em outras situações (daí a amplitude do artigo 207 do Código de Processo Penal, indevidamente condenada por alguns doutrinadores), a busca de um profissional especializado se mostra inderrogável, sendo o sigilo essencial a quem os procura, tanto quanto a confiança em quem é procurado, que assim fica dispensado de testemunhar.

Eduardo Espíndola Filho, lembrando a lição de Manzini, salienta que

a dispensa é fundada, não na qualidade social do profissional, e sim no fato de ter recebido, no exercício da profissão, uma confidência determinada pela confiança, necessária ou quase-necessária, ou de ter, de outra forma, mas em razão do exercício profissional, obtido o conhecimento de determinados fatos(...) (ESPÍNDOLA FILHO, 1955, p. 113).

Ocorre que alguns daqueles problemas eventualmente giram em torno da prática de crimes: o cidadão poderá confessar um delito ao sacerdote<sup>5</sup>, ao advogado que o defenderá e mesmo a um médico – como na hipótese vertente abrangida pelo aresto que aqui estamos a perscrutar, cuja situação fática adveio da necessidade que teve uma paciente de buscar auxílio médico por conta de um autoaborto que lhe gerou dores incontroláveis.

Não se trata aqui, como claramente percebemos, de confissão espontânea, desinteressada, da prática de algum ilícito penal a conhecido ou amigo – estes bem poderão ser chamados a depor e obrigados a dizer a verdade nestas situações, sob o risco de responderem pela prática do crime previsto no artigo 342 do Código Penal, na hipótese de fazerem afirmação falsa, ou negarem ou calarem a verdade como testemunhas compromissadas, isto porque receberam a confissão fora do contexto de indispensabilidade do relatado, visando ao exercício de direito fundamental (v.g., ao exercício da própria fé, à busca do direito à saúde ou do acesso à Justiça).

Como visto, em dadas situações da vida, a busca de um profissional é compulsória, indispensável, e se a eles não for dita a estrita verdade pelo interessado, correrá sérios riscos de natureza religiosa, jurídica ou médica.

Sabemos (como diria Al Gore...) que algumas verdades são profundamente inconvenientes. “Sou humano, nada do que é humano me é estranho” (afirmou o sábio Terêncio); mas quem trabalha há décadas em Varas Criminais tem pleno conhecimento de que há estranhezas menores e outras bem maiores...

Nem sempre é conveniente, para acusados em processos criminais e por decorrência de estratégias defensivas concebidas por seus patronos, dizer a mais pura verdade – por vezes é até mesmo conveniente mentir, o que admite o processo penal pátrio sem qualquer prejuízo ao réu, como corolário do princípio constitucional da ampla defesa.

---

5 Dispõe o Código de Direito Canônico da Igreja Católica, promulgado em 1983, em seu Cânone 983: § 1. O sigilo sacramental é inviolável; pelo que o confessor não pode denunciar o penitente nem por palavras nem por qualquer outro modo nem por causa alguma. § 2. Estão também obrigados a guardar segredo o intérprete, se o houver, e todos os outros a quem tiver chegado, por qualquer modo, o conhecimento dos pecados manifestados em confissão.

E é justamente daí que advém, por outro lado, o direito ao silêncio.

Thiago Bottino do Amaral, profundo estudioso sobre o tema, ao passo em que sustenta a necessária ampliação do limitado entendimento atual acerca da vedação à autoincriminação, dispõe:

Atualmente, a vedação de auto-incriminação significa a garantia de que ninguém poderá ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal e que será igualmente vedada a criação de qualquer prejuízo ou interpretação desfavorável ao indivíduo que optar por exercer esse direito.

Se é verdade que todos os cidadãos têm a obrigação legal de colaborar com a justiça durante uma investigação de natureza penal (caso mintam, omitam ou se caíem serão processados e eventualmente punidos por falso testemunho), é igualmente verdade que isso não se aplica ao réu. Este réu (ou acusado, indiciado, investigado, suspeito ou qualquer pessoa que se veja em situação de ter que revelar um crime durante um depoimento) é o único de quem não se pode esperar colaboração com a acusação. (AMARAL, 2009, p. 33).

“Não que o indiciado esteja impedido de espontaneamente declarar contra si próprio”, sustenta Geraldo Prado. E continua, com grifo no original:

É claro que ele poderá fazer isso, que dispõe em alguma medida de seu direito fundamental, ao qual poderá legitimamente renunciar. É preciso, porém, para que a renúncia ao exercício do direito seja válida e eficaz, que o preso seja **claramente informado de que é titular de um direito e em que consiste, realmente, o conteúdo deste direito**”. (PRADO, 2010, p. 236).

Se “a confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma espécie”, e se toda a pessoa acusada tem o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (parágrafo 3º e alínea g do parágrafo 2º do artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos,

adotada e aberta à assinatura na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em San José de Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992), e ainda se “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado” (inciso LXIII do artigo 5º da “Constituição Cidadã”), não resta dúvida acerca do respaldo constitucional a tal direito, também erigido à categoria de cláusula pétrea.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Valério de Oliveira Mazzuoli:

O direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada faz parte do princípio da não auto-incriminação, que envolve: (a) o direito ao silêncio ou direito de ficar calado - CF, art. 5º, LXIII (é a manifestação passiva da defesa); (b) direito de não declarar contra si mesmo; (c) direito de não confessar - Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3: Convenção Americana, art. 8º, 2 e 3; (d) direito de mentir (não existe o crime de perjúrio no direito brasileiro; de qualquer modo, é certo que a mentira do réu pode lhe trazer sérios prejuízos, porque ele perde credibilidade); (e) direito de não praticar qualquer comportamento ativo que lhe comprometa (ou que lhe prejudique). Exemplo: direito de não participar da reconstituição do crime, direito de não ceder material gráfico para exame grafotécnico (STF, Ilmar Galvão, Informativo STF 122, p. 1) etc.; (f) direito de não produzir nenhuma prova incriminadora que envolva o seu corpo humano (exame de sangue, exame de urina, bafômetro etc.). Como se vê, o acusado tem todo direito de não falar nada (direito ao silêncio); se falar, tem o direito de nada dizer contra si mesmo; mesmo dizendo algo contra si, tem o direito de não confessar. A confissão, por sinal, só constitui prova válida quando for espontânea. (GOMES; MAZZUOLI, 2009, p. 112-113).

Sequer se diga, como infelizmente pretendem alguns, que o direito ao silêncio somente exsurge para investigados após a voz de prisão ou em Delegacia. O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do *Habeas*

*Corpus* 78.708-1/SP, em acórdão da lavra do Min. Sepúlveda Pertence, já teve o ensejo de dispor na fundamentação do aresto, quanto ao momento inicial de prevalência do direito ao silêncio, que

essa mesma preocupação já estava presente em *Miranda vs. Arizona*, quando prescreveu a Suprema Corte (dos EUA) que as regras então estabelecidas à instrução sobre o direito ao silêncio – as célebres *Miranda Rules* – aplicam-se desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontra significativamente privado de sua liberdade de ação(...). Por isso, depois de notar que ‘antes do interrogatório policial ou judicial, deverá a autoridade processante advertir o interrogado sobre o seu direito de permanecer calado’, *Slaibi Filho* (Direitos do Preso em Anotações à Constituição de 1988, Forense, 1989, 304, 317) adverte, porém, que por interrogatório é de entender ‘não só o ato formal previsto nas leis processuais, mas a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual-penal – o que importa é que não possam tais declarações servir, no futuro, contra o declarante’.<sup>6</sup>

No caso concreto aqui analisado, a paciente (acusada no processo instaurado pela denúncia recebida em primeira instância) foi ouvida informalmente, fora do âmbito processual-penal, por imposição de conjunturas afetas à sua saúde e intimidade, por uma médica para quem teve – repita-se: por força das circunstâncias, sem o que possivelmente morreria ou teria sérias sequelas físicas – de confessar que se encontrava sentindo fortes dores em razão da ingestão de pílula abortiva.

Assim é que do **direito** ao silêncio se passa ao **dever** de silêncio.

Em se tratando, no caso concreto, da confissão de um crime, ponderando que a paciente possui o direito de silenciar em Juízo a tal respeito, não pode tal silêncio ser rompido por interposta pessoa, sobremaneira

<sup>6</sup> Acórdão disponível em: <http://redir.sff.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=77928>. Acesso aos 05 de maio de 2018.

quando se trata de uma médica a quem notoriamente incumbe o dever de sigilo (inclusive sob pena de responder por crime previsto no artigo 154 do Código Penal<sup>7</sup>), que foi procurada sob tal condição e que teve notícia do delito no exercício da profissão.

O Código de Ética Médica<sup>8</sup> em sua versão de 2010 dispõe, em seu Capítulo IX, que trata especificamente do sigilo profissional, o seguinte (merece especial atenção o que dita o item c):

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.

Contudo, o que aqui se sustenta é justamente que a obrigação de manter sigilo não se trata de dever exclusivamente decorrente da deontologia: o direito constitucional ao silêncio **impõe** o dever de silêncio a quaisquer profissionais que tomem contato com a confissão de crimes no exercício de suas profissões, razão pela qual o artigo 207 do Código de Processo Penal

---

7 Código Penal, artigo 154: Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa de um conto a dez contos de réis. Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

---

8 Vale lembrar que o Código de Ética e Disciplina da OAB possui regra ainda mais rígida, inspirada no artigo 7º, XIX, do Estatuto da Advocacia: Art. 26. O advogado deve guardar sigilo, mesmo em depoimento judicial, sobre o que saiba em razão de seu ofício, cabendo-lhe recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou tenha sido advogado, mesmo que autorizado ou solicitado pelo constituinte.

traz, na verdade e mais tecnicamente, uma hipótese de vedação probatória que, violada, importará em ilicitude (*lato sensu*).

Mesmo que inexistissem, portanto, os dispositivos inseridos nos diplomas de deontologia profissional, e mesmo que não existisse o supra referido dispositivo processual penal (o Código de Processo Criminal de 1832, v.g., não continha essa vedação probatória), seria impositivo aos profissionais de saúde (dentre outros, como visto) o dever de silenciar frente à confissão de crimes inerentes ao atendimento que prestam, como corolário do princípio constitucional *nemo tenetur se detegere*<sup>9</sup>, gênero do qual é espécie o direito ao silêncio.

Na esteira do aqui sustentado, Fernando da Costa Tourinho Filho faz as seguintes indagações, e as complementa:

um pastor protestante é obrigado a guardar segredo? O chefe espiritual de outro culto goza do mesmo direito? Assim como o padre é obrigado a guardá-lo, também o será o chefe espiritual de outra religião ou culto. A diferença está tão só nisto: quando se tratar da religião católica, o Direito canônico proíbe a revelação do segredo obtido no confessionário. **Mas o dever de guardar segredo não decorre apenas de lei ou regulamento.** (TOURINHO FILHO, 2014, p. 694).

Violado tal direito, nas palavras de Nereu José Giacomolli,

outra função importante da garantia do direito ao silêncio e da não autoincriminação diz respeito à licitude da prova e à valoração dos efeitos dela decorrentes, no processo penal. A prova produzida com violação ao direito ao silêncio e ao *nemo tenetur* é uma prova inválida (ilícita), não podendo ingressar no processo e, uma vez nele incorporada, há de ser excluída,

<sup>9</sup> *Nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a se descobrir), ou *nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém está obrigado a se auto acusar), ou *nemo tenetur se ipsum prodere, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está obrigado a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza), ou *nemo tenetur contra se facere* (ninguém é obrigado a agir contra si mesmo).

extraída, destruída, por ser um nada jurídico, desprezível do ponto de vista ético e jurídico. Num segundo momento, há que ser averiguada a possível contaminação produzida pela invalidade nos demais atos processuais, mormente na prova. Verificada a contaminação, os atos processuais seguem o mesmo destino dos efeitos da prova ilícita, sua desconsideração, por defeituosos, viciados por contaminação. (GIACOMOLLI, 2014, p. 197).

Como se não bastassem, enfim, as fundamentações lançadas ao acórdão objeto inicial deste texto, igualmente sob a ótica da tese aqui sustentada (no sentido de que o dever de silêncio decorre do direito ao silêncio), se revela ilícita – tal como decidiu o aresto – não somente a prova consistente na indevida notificação médica dirigida à autoridade policial contendo manifestação expressa daquela profissional em torno do autoaborto de sua paciente, como também ilícitas todas as demais provas dela direta ou indiretamente decorrentes por derivação, por força da teoria dos frutos da árvore envenenada, tudo a importar no trancamento daquela malfadada ação penal como determinado pelo voto vencedor da desembargadora relatora Kenarik Boujikian.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS<sup>10</sup>

As regras constitucionais aplicáveis ao processo penal na qualidade de garantias fundamentais do cidadão, cláusulas pétreas, são frutos inderrogáveis do processo civilizatório e não podem simplesmente ser abstraídas ou ultrapassadas a pretexto de se “otimizar” investigações ou punições, já que tal implicaria em tender (e ceder) à barbárie de estados fascistas que representam o que há de pior na história recente da humanidade, perigosa tentação com a qual não se deve compactuar sob pena de frustrar mais esta legítima expectativa da sociedade frente às promessas de uma Constituição

<sup>10</sup> Com sinceros agradecimentos aos Professores Doutores Leonardo Costa de Paula e Maurício Stegemann Dieter pelas inestimáveis sugestões formuladas e em grande parte acolhidas ao longo do artigo.

democrática, i.e., que para condenar há que se observar as regras do jogo, as quais não cabem ser burladas, seja lá por qual motivo ou com qual objetivo (ainda que pretensamente populares ou verdadeiramente oportunistas).

Justamente por isto, no presente artigo, se pretendeu conferir densidade constitucional à vedação contida no artigo 207 do Código de Processo Penal pátrio, ao se sustentar a relevância do ali contido sob o respaldo e a ótica do direito ao silêncio enquanto uma das pedras de toque do sistema de direitos e garantias fundamentais do cidadão.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *O direito ao silêncio na jurisprudência do STF*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição: princípios constitucionais do processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DEU, Tereza Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ESPÍNDOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1955. v. 3.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, v. 4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

LOPES JR. Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

NICOLITT, André Luiz. *Manual de processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários do Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

PRADO, Geraldo. *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TARUFFO, Michele. *A prova*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal comentado*, v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. v. 1.

# **DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR EMENTA APELAÇÃO CÍVEL 0058144-74.2015.8.19.0021 – TJRJ E APELAÇÃO CÍVEL 0200530- 22.2017.8.19.0001 - TJRJ**

**Ementas Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro –  
Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor**

0058144-74.2015.8.19.0021 – APELAÇÃO – Des(a). CRISTINA TEREZA GAULIA – Julgamento: 26/06/2018 – QUINTA CÂMARA CÍVEL. Apelação cível. Relação de consumo. Aparelho celular com defeito. Ação indenizatória ajuizada em face da vendedora, da assistência técnica e da fabricante do aparelho. Solidariedade dos fornecedores na cadeia de fornecimento. Aparelho que não teve os vícios sanados, após ter sido encaminhado duas vezes à loja autorizada. Fornecedores de produtos de consumo duráveis e não duráveis que são responsáveis pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor. Inteligência do art. 18 *caput* Lei 8.078/90. Defeito comprovado pela consumidora com base em documentos. Excludentes da responsabilidade objetiva não provadas pelos réus. Devolução do valor pago conforme art. 18, § 1º, II CDC, de forma simples, com correção e juros. Dano moral decorrente do desrespeito às legítimas expectativas do consumidor, bem como pela perda de tempo na resolução do problema. Desvio produtivo do consumidor. Recente jurisprudência do STJ. Sentença de improcedência que se reforma. Provimento parcial do recurso.

0200530-22.2017.8.19.0001 – APELAÇÃO – Des(a). REGINA LUCIA PASSOS – Julgamento: 19/06/2018 - VIGÉSIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL. Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação de Obrigação de Fazer c/c Indenizatória. Vício do Produto. Aquisição de refrigerador. Prestador de serviço que não providenciou o conserto em tempo razoável. Bem imprestável ao uso. Falha na prestação do serviço caracterizada. Sentença de Procedência. Manutenção. Legítima Expectativa da Consumidora, que não teve como utilizar o produto. Incidência da Teoria do Desvio Produtivo do Consumidor. Exposição do consumidor à perda de tempo excessiva e inútil, na tentativa de solução amigável de problema de responsabilidade do fornecedor. O tempo na vida de uma pessoa representa um bem extremamente valioso, cujo desperdício em vão não pode ser recuperado, causando uma lesão extrapatrimonial. Dano Moral configurado. Verba fixada em R\$8.000,00 (oito mil reais), que atendeu aos Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade e dentro dos parâmetros desta Corte. Jurisprudência e Precedentes citados: 0369091-24.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). SÉRGIO NOGUEIRA DE AZEREDO - Julgamento: 29/05/2018 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL; 0010410- 83.2015.8.19.0068 - APELAÇÃO Des(a). JDS MARIA CELESTE PINTO DE CASTRO JATAHY - Julgamento: 06/06/2018 - DÉCIMA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL; 0056975-23.2013.819.0021. Apelação Des(a). ALCIDES DA FONSECA NETO - Julgamento: 21/03/2018 - VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL; 0023846-58.2016.8.19.-0203. Apelação Des(a). TEREZA CRISTINA SOBRAL BITTENCOURT SAMPAIO - Julgamento: 21/03/2018 - VIGÉSIMA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL CONSUMIDOR. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

## **AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.260.458 - SP**

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.260.458 - SP (2018/0054868-0)

RELATOR: MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE AGRAVANTE: BANCO SANTANDER (BRASIL) S.A. ADVOGADOS: PATRICIA FREYER - SP348302

GUSTAVO DAL BOSCO E OUTRO(S) - SP348297 SOC. de ADV.: DAL BOSCO ADVOGADOS

AGRAVADO: MARCIA RENATA DE NOBRE

ADVOGADO: CRISTIANE FERREIRA ABIRACHED ROMAN PRADO - SP169184

### **EMENTA**

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. 1. ATO ILÍCITO CONFIGURADO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA

N. 7 DO STJ. 2. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. MESMO ÓBICE SUMULAR. 3. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

### **DECISÃO**

Cuida-se de agravo interposto por Banco Santander (Brasil) S.A. desafiando decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo que não admitiu

o processamento do recurso especial, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal, em acórdão assim ementado (e-STJ, fl. 344):

**RESPONSABILIDADE CIVIL.** Danos morais. Contrato de mútuo com pacto adjeto de alienação fiduciária de bem imóvel. Lançamento indevido de encargos bancários, porque resultantes exclusivamente de falha operacional do banco. Situação que extrapolou o mero aborrecimento do cotidiano ou dissabor por insucesso negocial.

Recalcitrância injustificada da casa bancária em cobrar encargos bancários resultantes de sua própria desídia, pois não procedeu ao débito das parcelas na conta corrente da autora, nas datas dos vencimentos, exigindo, posteriormente, de forma abusiva, os encargos resultantes do pagamento com atraso. Decurso de mais de três anos sem solução da pendência pela instituição financeira.

Necessidade de ajuizamento de duas ações judiciais pela autora. Adoção, no caso, da teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, tendo em vista que a autora foi privada de tempo relevante para dedicar-se ao exercício de atividades que melhor lhe aprouvesse, submetendo-se, em função do episódio em cotejo, a intermináveis percalços para a solução de problemas oriundos de má prestação do serviço bancário. Danos morais indenizáveis configurados.

Preservação da indenização arbitrada, com moderação, em cinco mil reais. Pedido inicial julgado parcialmente procedente. Sentença mantida. Recurso improvido.

Não foram opostos embargos de declaração.

Nas razões do recurso especial, o recorrente alegou ofensa aos arts. 186, 336, 824, 927, 944, 945 e 1.425 do CC/2002. Sustentou que a agravada, mesmo sabedora da sua situação de inadimplência e, portanto, da

configuração da mora, somente postula a Consignação de valores que entende devidos, valendo-se deste procedimento para reaver a posse do bem e procrastinar o pagamento do montante total do débito. Afirmou, ainda, que não houve conduta ilícita a ensejar o pagamento de indenização por danos morais. Pleiteou, subsidiariamente, sua redução.

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ, fl. 401).

O Tribunal local inadmitiu o processamento do recurso especial pela incidência da Súmula n. 7 do STJ.

Irresignado, o recorrente interpõe agravo refutando o óbice apontado pela Corte estadual.

Sem contraminuta (e-STJ, fl. 413).

Brevemente relatado, decido.

Inicialmente, vale pontuar que o presente recurso foi interposto contra decisão publicada na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado n. 3 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: “Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

O Tribunal estadual, ao dirimir a controvérsia, concluiu que ficaram caracterizados o ato ilícito e o consequente dever de indenizar, conforme se colhe dos excertos do aresto recorrido (e-STJ, fls. 346-349):

É que, consoante emerge cristalino dos autos, comunicou a autora ao banco a regular disponibilização em sua conta bancária dos valores necessários à quitação das parcelas dos meses de novembro e dezembro de 2010, e de fevereiro de 2011 (fls. 87/91), solicitando imediatas providências para que fossem cessadas as cobranças de encargos bancários por suposto inadimplemento de aludidas prestações, cujo valor total, sem contribuição da autora para tanto, apenas foi debitado em sua

conta em 23 de março de 2011, acrescido, ainda assim, de encargos relativos ao pagamento em atraso, que, no momento da propositura da ação, correspondiam a R\$ 5.043,36.

É certo, de igual modo, que, em momento precedente ao ajuizamento desta ação, já havia a autora demandado o réu pela cobrança indevida da parcela do mútuo com vencimento no dia 31 de janeiro de 2013, tendo sido realizada composição amigável entre as partes (fls. 127/130) para o reconhecimento de quitação desta prestação, além da obrigação do banco de excluir o nome da recorrida do cadastro dos inadimplentes. Não satisfeito e agindo com total descaso com a consumidora, insistiu o banco na cobrança de encargos abusivos, sob a infundada alegação de que agiu no exercício regular de direito, tendo em vista a alegada legitimidade das tarifas exigidas por serviços efetivamente usufruídos pela autora, conquanto motivada sua recusa em efetuar o pagamento de despesas cuja cobrança não lhe podia ser atribuída [a autora comprovou o depósito de valores suficientes para a quitação das parcelas posteriormente exigidas pelo banco réu (novembro e dezembro de 2010 e fevereiro de 2011- fls. 24 e 27)], o que escancara a ilegitimidade de aludidos lançamentos a débito na conta corrente da recorrida, ante a comprovação de que o descontrole da conta decorreu da desídia da casa bancária, que deixou de efetuar, na época oportuna, os débitos dos valores pertinentes, sobrevindo a cobrança única e integral de tais valores (fls. 28), mas acrescida, abusivamente, de encargos bancários indevidos (fls. 28/40).

Isto assentado, bom é realçar que a situação vivenciada pela autora realmente extrapolou o simples dissabor resultante de insucesso negocial, visto que foi a consumidora obrigada a entrar em contato com a central de atendimento do banco e ajuizar a presente ação com a finalidade da consignação do valor das parcelas do contrato em cotejo para evitar nova

restrição cadastral a seu nome (fls. 87), além da iminência de execução do contrato, na forma prevista nos artigos 26 e 27, da Lei n. 9.514/97 (fls. 104, cláusula vigésima primeira), cumprindo observar, ainda, que, durante anos, teve a autora que se submeter a penalizantes percalços para conseguir a exclusão de encargos bancários abusivamente lançados em sua conta corrente, por ela devidamente contestados e que não foram espontaneamente reembolsados pelo réu, sob a infundada alegação de que a sua exigibilidade era proveniente de exercício regular de direito por consubstanciar serviços efetivamente usufruídos pela autora.

Ademais, não há se cogitar no caso da caracterização de ato de terceiro hábil a constituir fator excludente da responsabilidade civil do banco, porquanto não se cuida aqui de fato imprevisível e inevitável ou, mesmo, de intensidade tamanha que tenha se prestado a excluir a liberdade de ação do causador direto do dano, mesmo porque, como é sabido, o fato de terceiro somente materializa excludente da obrigação de indenizar quando for a causa exclusiva do prejuízo, o que, evidentemente, não ocorreu no caso em análise, como antes salientado.

Aliás, releva considerar que se cuida aqui de responsabilidade objetiva da instituição financeira ré, por força da aplicação do artigo 14, do Código de Defesa do Consumidor, estando, no caso em exame, a obrigação de indenizar assentada na demonstração da conduta desidiosa do banco, na configuração do dano moral à consumidora e no nexo de causalidade entre a falha do serviço e o resultado lesivo imposto à autora, consubstanciados tais pressupostos, como assinalado, na ação negligente da instituição financeira, que, por defeito operacional do serviço disponibilizado à consumidora, lançou por relevante período de tempo encargos bancários indevidos na conta corrente da autora.

Com efeito, tem-se como absolutamente injustificável a conduta da instituição financeira em insistir na cobrança de encargos fundamentadamente impugnados pela consumidora, notório, portanto, o dano moral por ela suportado, cuja demonstração evidencia-se pelo fato de ter sido submetida, por longo período [por mais de três anos, desde o início da cobrança e até a prolação da sentença], a verdadeiro calvário para obter o estorno alvitado, cumprindo prestigiar no caso a teoria do Desvio Produtivo do Consumidor, por meio da qual sustenta Marcos Dessaune que todo tempo desperdiçado pelo consumidor para a solução de problemas gerados por maus fornecedores constitui dano indenizável, ao perfilar o entendimento de que a “missão subjacente dos fornecedores é - ou deveria ser - dar ao consumidor, por intermédio de produtos e serviços de qualidade, condições para que ele possa empregar seu tempo e suas competências nas atividades de sua preferência. Especialmente no Brasil é notório que incontáveis profissionais, empresas e o próprio Estado, em vez de atender ao cidadão consumidor em observância à sua missão, acabam fornecendo-lhe cotidianamente produtos e serviços defeituosos, ou exercendo práticas abusivas no mercado, contrariando a lei. Para evitar maiores prejuízos, o consumidor se vê então compelido a desperdiçar o seu valioso tempo e a desviar as suas custosas competências - de atividades como o trabalho, o estudo, o descanso, o lazer - para tentar resolver esses problemas de consumo, que o fornecedor tem o dever de não causar. Tais situações corriqueiras, curiosamente, ainda não haviam merecido a devida atenção do Direito brasileiro. Trata-se de fatos nocivos que não se enquadram nos conceitos tradicionais de ‘dano material’, de ‘perda de uma chance’ e de ‘dano moral’ indenizáveis. Tampouco podem eles (os fatos nocivos) ser juridicamente banalizados como ‘meros dissabores ou percalços’ na vida do consumidor, como vêm entendendo muitos juristas

e tribunais.” [2<http://revistavisaojuridica.uol.com.br/advoga-dos-leis-jurisprudencia/71/desvio-produto-doconsumidor-tese-do-advogado-marc-os-ddessaune-255346-1.asp>] .

(...)

Com efeito, a abusiva cobrança de encargos bancários indevidos e a recalcitrância injustificada por tempo expressivo [três anos] do réu em proceder a cessação desta exação e o espontâneo ressarcimento à correntista, constitui injusta agressão, porquanto privou a autora de utilizar o seu tempo disponível na forma que melhor lhe aprouvesse, de molde a provocar sofrimento psíquico que molesta direitos inerentes à personalidade, vulnerando seu patrimônio moral, a justificar a reparação almejada.

(...)

Indisputável, destarte, a configuração dos danos morais indenizáveis, bem é de ver que considerado o critério de que a indenização não deve prestar-se ao enriquecimento ilícito, mas considerando o aspecto inibitório da condenação ora enfocada, em relação ao autor do ilícito, a fim de que invista na qualificação de seus prepostos, de sorte a aprimorar seus procedimentos, não há se olvidar, de outra parte, do caráter compensatório da reparação, de molde a possibilitar sentimento que se preste ao menos a mitigar o sério constrangimento suportado pela vítima da injusta ofensa, afigurando-se, sob tal perspectiva, razoável o arbitramento da indenização em cinco mil reais.

Nesse contexto, reverter a conclusão do Tribunal local para acolher a pretensão recursal, quanto à existência de ato ilícito e a redução do *quantum* indenizatório, demandaria o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável ante a natureza excepcional da via eleita, consoante enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ante o exposto, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, majoro os honorários em favor do advogado da parte ora recorrida em 2% sobre o valor da condenação.

Publique-se.

Brasília-DF, 05 de abril de 2018.

MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator

# PARA CUIDAR DO TEMPO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR

Por José Guilherme Vasi Werner

Juiz de Direito, titular do II Juizado Especiais Cível da Barra da Tijuca – Comarca da Capital – Rio de Janeiro. Mestre em Sociologia pelo IUPERJ e doutorando em História no CPDOC/FGV.

(Recebido: 02/08/2018 Aprovado: 03/08/2018 e 13/08/2018)

**RESUMO:** A proliferação de casos de danos indenizáveis desafia a ciência jurídica a fornecer critérios seguros para sua identificação. A teoria do desvio produtivo do consumidor é um esforço de sistematização dos danos ligados ao desperdício do tempo produtivo do consumidor. Tribunais e academia precisam tratar desses tipos de situação com cuidado, para evitar que o desvio produtivo se perca nos casos de “mero aborrecimento”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dano. Desvio produtivo do consumidor. Desperdício de tempo produtivo. Critérios.

**ABSTRACT:** The proliferation of cases of reclaimable damages challenges the doctrine of law to provide safe criteria for its identification. The theory of “consumer’s deviation from productive activities is an effort to codify the damages linked to the waste of the consumer’s productive time. Courts and scholars must handle carefully these types of situations, in order to avoid that the productive deviation falls into generic cases of simple unpleasantness.

**KEYWORDS:** Damage. Consumer’s productive deviation. Waste of productive time. Criteria.

A responsabilidade civil é tradicionalmente abordada, no Brasil, a partir dos elementos dos quais depende para que se configure: a violação (culposa, em alguns casos) de um dever preexistente, o dano e o nexo de causalidade entre um e outro. Em geral, esse estudo se inicia com o exame

do ilícito e dos comportamentos análogos a ele, passando-se à análise do dano e, por fim, ao nexa causal.

Em que pese tal ordem se dever a uma relação lógica – pois juridicamente a violação deve ser anterior ao dano – não há como negar que em boa parte das situações é o dano que se revela primeiramente e protagoniza o evento lesivo, provocando a apuração das responsabilidades.

O dano é elemento essencial da responsabilidade civil e é o que fundamenta, em última análise, o dever de reparação/compensação. É, porém, multifacetado, manifestando-se em dimensões tão variadas quanto a experiência humana. Por isso mesmo sua identificação tende a ser um esforço permanente, cujo método é a classificação.

Ao se falar em ‘dano’ como elemento da responsabilidade civil, alude-se a um termo que abrange diversas espécies de lesão. Há danos patrimoniais, morais, materiais, reflexos, danos pela perda de uma chance, dano corporal, em ricochete, danos coletivos, danos emergentes, etc. Sergio Cavalieri Filho enumera ainda outras várias denominações: “*dano de morte, dano sexual, dano hedonístico, dano pelo custo do filho indesejado, dano de férias arruinadas, dano de ‘mobbing’, dano por brincadeiras cruéis, dano por rompimento de noivado, dano por descumprimento de deveres conjugais, dano por abandono de filho menor*” (2014, p. 92).

Em tal acervo de denominações, encontram-se, misturadas a classificações de reputação clássica e critérios consolidados, outras menos reconhecidas cientificamente e que mais se confundem com uma simples enumeração casuística. De todo modo, a lista dá pistas de quão pulverizada tem sido a experiência com os danos em nosso direito.

Lembre-se dos MAZEAUD: “*on se ferrait, d’ailleurs, une idée inexacte du domaine de la responsabilité civile si l’on s’imaginait qu’il est limité aux accidents. D’autres dommages peuvent atteindre une personne. Le vendeur qui livre en retard la chose vendue, peut causer un préjudice à l’acheteur. L’écrivain qui porte atteinte à une réputation, cause un dommage. La liste de préjudice est infinie. Tous posent un problème de responsabilité civile*” (1998, p. 362).

O Direito moderno repudiou a discriminação dos danos indenizáveis.

Se no passado a classificação dos danos foi uma tarefa simplificada pela identidade entre o dano e a lesão de caráter patrimonial (danos emergentes e lucros cessantes), o princípio da plena reparação dos danos já não se coaduna com a existência de danos não indenizáveis, ampliando-se o espectro de lesões reconhecíveis pelo direito e forçando-se a flexibilização de antigas fronteiras.

Diante da proliferação de situações de dano indenizável, um dos desafios da ciência jurídica no campo da responsabilidade é o de fornecer critérios seguros para sua identificação.

As categorias de danos emergentes e lucros cessantes já não são suficientes para abranger as espécies de danos hoje divisados. Ao mesmo tempo, a linha entre os chamados danos patrimoniais e danos extrapatrimoniais já não impede a circulação de algumas dessas espécies entre os dois campos.

Os danos emergentes não mais pertencem ao domínio exclusivo dos danos patrimoniais, o mesmo se dando com o dano pela perda de uma chance, que expugnou a fronteira dos danos extrapatrimoniais ao ser reconhecido como uma forma de compensação moral da chance perdida<sup>1</sup> e não mais uma reparação lógica e financeiramente relacionada ao benefício de que a vítima foi privada, como é exemplo o caso julgado no EDcl no AgRg no AI nº 1.196.957/DF, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Assim também com relação ao dano à imagem, que igualmente se projeta na dimensão extrapatrimonial.

Por outro lado, os danos estéticos, hoje plenamente reconhecidos e prestigiados em nossa jurisprudência, conseguiram se diferenciar claramente dos danos morais em seu aspecto extrapatrimonial.

É nesse contexto que surge o desvio produtivo do consumidor, que vem aos poucos recebendo a atenção de nossa jurisprudência.

<sup>1</sup> Vide REsp nº 1.291.247/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 19.08.2014 e REsp nº 1.079.185/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 11.1.2008.

Tal atenção, porém, vem especialmente dos juízes de primeiro grau e tribunais de segunda instância, pois uma rápida pesquisa realizada em 25.07.2018 na página do Superior Tribunal de Justiça com o termo específico “desvio produtivo” apontou apenas 6 decisões, monocráticas, contendo a expressão e, com exceção de uma (que afastou expressamente a sua aplicação – Resp nº 1.549.272/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 11.09.2015), todas em citação de acórdãos recorridos<sup>2</sup>.

O desvio produtivo do consumidor é desenvolvido no Brasil por Marcos Dessaune, autor da obra de mesmo nome e subtítulo “o prejuízo do tempo desperdiçado”, publicada pela primeira vez em 2011.

Dessaune apresenta, de forma instigante, uma perspectiva a partir da qual se pode enxergar as lesões sofridas pelos consumidores diante de situações de tratamento inadequado ou atendimento defeituoso às suas legítimas demandas que lhes obrigam a dedicar parte de um tempo – tempo valioso! – para buscar a satisfação de seus interesses.

Não parece haver qualquer dúvida de que a perda do tempo útil do consumidor possa ser mensurada economicamente (os advogados e diversos outros profissionais liberais estão acostumados a medir em ‘time sheets’ o tempo dedicado ao atendimento de um cliente – como por exemplo, cem dólares a hora etc.), pelo que é perfeitamente possível medir o tempo perdido com a tentativa de solução de um problema causado pelo produto ou serviço viciado ou defeituoso. Nessa linha, o desvio produtivo teria uma natureza patrimonial e, como tal, dependeria de indicação tal qual um dano emergente. O tempo que se perdeu não volta mais e significa prejuízo efetivo, dano positivo (não se confundindo com um lucro cessante, dano negativo).

Dessaune deixa claro, todavia, que a sua definição de desvio produtivo não se limita ao caso de perda econômico-financeira de tempo, mas

---

2 AREsp nº 1.154.914/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, p. 29.06.2018; AREsp nº 1.167.245, Rel. Min. Francisco Falcão, p. 17.05.2018; AREsp nº 1.260.458/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, p. 25.04.2018; AREsp nº 1.241.259/SP, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, p. 27.03.2018; AREsp nº 1.132.385/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, p. 03.10.2017; e AREsp nº 1.549.272, já citada (acesso em 20.07.2018).

também abrange perda de tempo livre, ou seja, por tempo “produtivo” não há que se entender tempo de trabalho, no sentido conferido por Smith, ou Marx:

Note-se que não empreguei, na nova expressão cunhada, o adjetivo “produtivo” para qualificar o desvio do consumidor como sendo um ato “producente” ou “improducente”. Diversamente, utilizei o adjetivo em sua acepção de “relativo à produção”, indicando tão somente que em situações de mau atendimento o consumidor desvia recursos “que produzem” (2018, p. 134-5).

Os exemplos e os trinta e cinco casos descritos na primeira edição do seu livro dão conta dessa abrangência. Pode ser o tempo perdido em férias, em fins de semana, à noite, por uma ligação indesejada recebida de um fornecedor insistente ou em uma ligação feita a um serviço de atendimento ao consumidor (SAC). As situações que caracterizam o tipo de dano descrito envolvem – todas elas – um obrigatório desvio do consumidor de suas atividades desejadas ou rotineiras para a tentativa de solução do problema gerado pelo defeito na prestação do serviço.

Dessaune registra o pioneirismo do desembargador André Gustavo Corrêa de Andrade na identificação da relação entre o dano e o tempo perdido, qualquer tempo que seja (2011, p. 137-8). A grande novidade introduzida pelo autor é, para além da teorização do valor do tempo do consumidor, a tentativa de sistematização desse tipo de dano. O trabalho consolida a migração da perda de tempo útil do consumidor dos domínios dos danos patrimoniais para a dimensão dos danos extrapatrimoniais.

A nosso ver, o trabalho de Dessaune pode incentivar a doutrina e orientar a jurisprudência a delimitar as espécies de tempo indenizável, criando as bases para a sua diferenciação dos danos morais genéricos e, portanto, para autonomização da categoria, a que já se referiu MAIA (2013). Nesse ponto, o esforço de Dessaune pode contribuir para uma reação contra a “indústria do mero aborrecimento”, constituindo uma nova forma de abordagem para reconhecer as situações em que os erros (ou descasos, desrespeitos, má-fé etc.)

do fornecedor obrigam o consumidor a se desdobrar em tarefas para tentar a solução do problema. Afinal, se toda a perda de tempo é potencialmente capaz de causar dano de natureza não patrimonial ao consumidor, a reunião das situações em que isso ocorre é essencial.

Por outro lado, não é porque se deu um nome a essas situações que os danos dela decorrentes passam a ser automaticamente indenizáveis. Parece claro que nem todas as situações de perda de tempo do consumidor necessariamente lhe causarão danos e por isso mesmo é preciso isolá-las.

Apesar da riqueza de relatos, os trinta e cinco casos tratados na segunda parte da obra de Dessaune (“histórias de (mau) atendimento”) se mostram tão diversos quanto as relações de consumo, o que mostra a grande dificuldade de se construir uma teoria do tempo indenizável do consumidor. A simples enumeração de casos leva ao risco de que a teoria se perca na casuística do dano moral e sofra o mesmo destino dos casos que são rotulados de “meros aborrecimentos”.

A partir do momento em que se valoriza o tempo perdido independentemente de sua expressão lucrativa ou patrimonial (amparada na demonstração lógico-causal do benefício abortado) e se lhe reconhece uma estima ligada diretamente aos direitos personalíssimos (que não têm preço), exige-se do intérprete um esforço axiológico de convertê-lo em moeda, em uma operação que é necessariamente arbitrária.

Para que não se vulgarize a aplicação da teoria do desvio produtivo, é preciso que esse reconhecimento seja feito com cuidado, de forma criteriosa, descrevendo-se com precisão as atividades que o consumidor precisou realizar para buscar a solução do problema e o tempo assim perdido, de modo a diferenciar o caso em exame de situações em que a busca pela solução não tornou um fardo.

O simples fato de ajuizar uma ação judicial, por exemplo, não pode caracterizar necessariamente o dano pelo tempo perdido ou pelo desvio produtivo do consumidor, até porque sabemos – após levantamento da FGV (WADA, 2015) –, que boa parte dos consumidores sequer buscam a em-

presa antes de ajuizar suas demandas, considerando mais fácil e menos custoso propor uma ação judicial do que ligar para o serviço de atendimento.

Uma coisa é reconhecer o dano pelo tempo perdido ou o desvio produtivo do consumidor em casos como o relatado pelo Ministro Marco Aurélio Bellizze em sua decisão no AREsp nº 1.260.458/SP, em que houve descrição pormenorizada da situação vivida pelo consumidor:

“É que, consoante emerge cristalino dos autos, comunicou a autora ao banco a regular disponibilização em sua conta bancária dos valores necessários à quitação das parcelas dos meses de novembro e dezembro de 2010, e de fevereiro de 2011 (fls. 87/91), solicitando imediatas providências para que fossem cessadas as cobranças de encargos bancários por suposto inadimplemento de aludidas prestações, cujo valor total, sem contribuição da autora para tanto, apenas foi debitado em sua conta em 23 de março de 2011, acrescido, ainda assim, de encargos relativos ao pagamento em atraso, que, no momento da propositura da ação, correspondiam a R\$ 5.043,36.

É certo, de igual modo, que, em momento precedente ao ajuizamento desta ação, já havia a autora demandado o réu pela cobrança indevida da parcela do mútuo com vencimento no dia 31 de janeiro de 2013, tendo sido realizada composição amigável entre as partes (fls. 127/130) para o reconhecimento de quitação dessa prestação, além da obrigação do banco de excluir o nome da recorrida do cadastro dos inadimplentes.

Não satisfeito e agindo com total descaso com a consumidora, insistiu o banco na cobrança de encargos abusivos, sob a infundada alegação de que agiu no exercício regular de direito, tendo em vista a alegada legitimidade das tarifas exigidas por serviços efetivamente usufruídos pela autora, conquanto motivada sua recusa em efetuar o pagamento de despesas cuja cobrança não lhe podia ser atribuída [a autora comprovou o depósito de valores suficientes para a quitação das parcelas posteriormente exigidas pelo banco réu (novembro e dezembro

de 2010 e fevereiro de 2011- fls. 24 e 27)], o que escancara a ilegitimidade de aludidos lançamentos a débito na conta corrente da recorrida, ante a comprovação de que o descontrole da conta decorreu da desídia da casa bancária, que deixou de efetuar, na época oportuna, os débitos dos valores pertinentes, sobrevivendo a cobrança única e integral de tais valores (fls. 28), mas acrescida, abusivamente, de encargos bancários indevidos (fls. 28/40).

Isso assentado, bom é realçar que a situação vivenciada pela autora realmente extrapolou o simples dissabor resultante de insucesso negocial, visto que foi a consumidora obrigada a entrar em contato com a central de atendimento do banco e ajuizar a presente ação com a finalidade da consignação do valor das parcelas do contrato em cotejo para evitar nova restrição cadastral a seu nome (fls. 87), além da iminência de execução do contrato, na forma prevista nos artigos 26 e 27, da Lei n. 9.514/97 (fls. 104, cláusula vigésima primeira), cumprindo observar, ainda, que, durante anos, teve a autora que se submeter a penalizantes percalços para conseguir a exclusão de encargos bancários abusivamente lançados em sua conta corrente, por ela devidamente contestados e que não foram espontaneamente reembolsados pelo réu, sob a infundada alegação de que a sua exigibilidade era proveniente de exercício regular de direito por consubstanciar serviços efetivamente usufruídos pela autora” (BRASIL, 2018).

No caso citado, a consumidora precisou passar por um procedimento exaustivo e demorado para tentar a solução do problema antes do ajuizamento da ação, sendo vítima de descaso e desconsideração por parte do fornecedor.

Outra coisa é reconhecer o desvio produtivo em qualquer situação de tentativa de reclamação antes do ingresso em juízo, o que torna bastante difícil o esforço de autonomização da nova categoria de dano, pois dizer simplesmente que o consumidor perdeu seu tempo e daí reconhecer o di-

reito à compensação não é diferente de reconhecer um direito genérico a indenização por danos morais. E o direito à indenização por danos morais pode ser afastado quando o intérprete o reduz a um caso de mero aborrecimento, que se diz típico das sociedades hodiernas.

O cuidado e a diligência na descrição dos casos é que permitirá a devida separação entre eles e somente a partir de então é que poderemos construir um repertório seguro de danos indenizáveis pelo desvio produtivo do consumidor, evitando ao mesmo tempo os rótulos de “indústria do dano moral” e “indústria do mero aborrecimento”.

## **BIBLIOGRAFIA**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp nº 1.260.458/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, p. 25.04.2018.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2014

DESSAUNE, Marcos. **Desvio produtivo do consumidor: o prejuízo do tempo perdido**. São Paulo: RT, 2012.

MAIA, Maurílio Casas. **Dano temporal, desvio produtivo e perda do tempo útil e/ ou livre do consumidor: dano cronológico indenizável ou mero dissabor não ressarcível?** ADV: Advocacia Dinâmica - Seleções Jurídicas. X, 2013. p. 23-28.

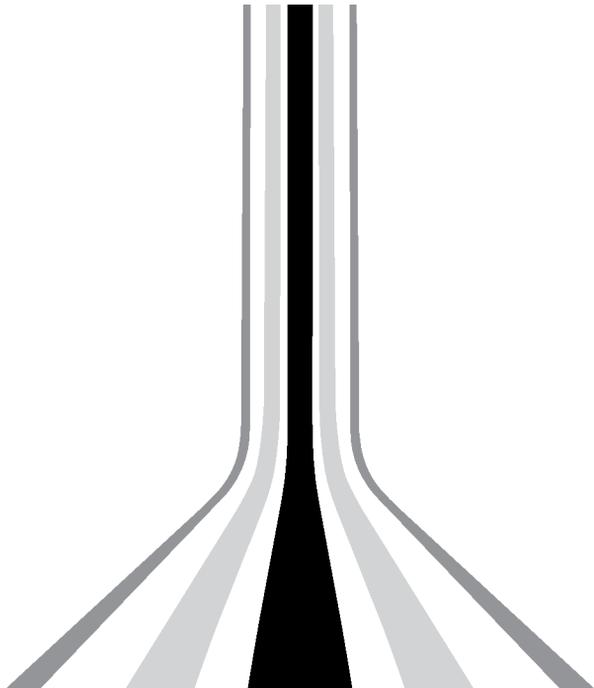
MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean e CHABAS, François. **Leçons de Droit Civil**. 9ed. Paris: Montchrestien, 1998.

WADA, Ricardo Morishita (coord.). **A geografia e a genealogia dos conflitos de consumo: o projeto de P&D e as novas tecnologias**. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2015.





# CASO JUDICIAL CÉLEBRE





# CASO SCHREBER: UMA LEITURA SOCIOJURÍDICA

Marco Aurélio Alves Epifani Filho

Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFF

(Recebido: 29/08/2018 Aprovado: 29/08/2018 e 12/09/2018)

**RESUMO:** Esse ensaio tem por objetivo apresentar o caso jurídico de maior repercussão internacional e mais longo: o “Caso Schreber”. Percorrendo a leitura da obra autobiográfica do próprio Schreber e da abordagem psicanalítica de Freud, o leitor é convidado a mergulhar na questão da doença do operador do Direito e na necessidade da abertura cognitiva na ciência jurídica.

**PALAVRAS-CHAVE:** CASO SCHREBER. FREUD. ABERTURA COGNITIVA. MUNDO JURÍDICO. DOENÇA.

**ABSTRACT:** The purpose of this essay is to present the legal case with the greatest international repercussion and the longest term: the “Schreber Case”. Going through the reading of Schreber’s own autobiographical work and Freud’s psychoanalytic approach, I invite the reader to delve into the issue of the disease of the operator of law and the need for cognitive openness in legal science.

**KEYWORDS:** SCHREBER CASE. FREUD. COGNITIVE OPENNESS. LEGAL WORLD. DISEASE.

Este ensaio tem por objetivo apresentar o caso jurídico de maior repercussão internacional e mais longo: o “Caso Schreber”; e, ao escrever sobre ele, espera-se concitar os leitores a se debruçarem também sobre dois livros incontornáveis a essa apresentação. São eles: “O Caso Schreber: notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranoia (*dementia paranoides*)”, de Sigmund Freud, e “Memórias de um doente dos nervos”, de Daniel Paul Schreber.

O primeiro livro é do famoso médico e fundador da psicanálise; o segundo livro é a autobiografia que serviu de base para a análise de Freud. Ambos são obras-primas uma vez que servem de material de estudo há mais de um século. Clarissa Lago escreve “Imortal a tal ponto, que estamos até os dias atuais, tentando discutir e desvendar um caso clínico de um homem morto há mais de 100 anos.”<sup>1</sup>. Se foi abordado por Freud, evidentemente é importante para a psicanálise. Resta a pergunta: por que é atrativo para o mundo jurídico?

A resposta é simples, porém correlacionada à complexidade atual da Sociedade e, conseqüentemente, do Direito. O “Caso Schreber” é importante para o Direito porque trata do adoecimento de um operador do Direito. Atualmente, não há temática mais importante dada a multiplicidade de ocorrências semelhantes. Somado a isso, chegamos a um momento de reconhecimento da insuficiência do Direito para a explicação da Sociedade, ou seja, faz-se imperativo o aprofundamento da relação do Direito com as Ciências Sociais.

Então, o que é o “Caso Schreber”? É a investigação psicanalítica da “paranoia” através dos relatos autobiográficos de Daniel Paul Schreber. Chama a atenção que o sujeito dessa história seja operador do Direito, mais precisamente magistrado, tendo exercido a função de presidente do Tribunal Regional de Chemnitz e, posteriormente, o mais alto cargo, o de Presidente da Corte de Apelação em Dresden.

Sua doença, embora não tenha origem no trabalho, conforme anota Freud (2002), tem seu estopim decorrente de estafante atuação do seu labor diário. E, por outro lado, Schreber enfrentou um julgamento sobre a sua capacidade de retornar às suas atividades, e, apesar de tudo, saiu vitorioso.

O Dr. Daniel Paul Schreber sofreu duas crises de “distúrbios nervosos”: a primeira em 1884 – da qual se restabeleceu – e a segunda, em outubro de 1893. Essa foi a que deu origem ao livro autobiográfico escrito por ele.

<sup>1</sup> Disponível em LAGO, Clarissa. Disponível em <https://blogdapsicanalise.com.br/2015/02/10/o-caso-schreber-a-historia-de-um-doente-dos-nervos-que-realmente-da-nos-nervos/>. Acessado em 02/07/2018

Coincidentemente, em outubro de 1893, Schreber assumiu o cargo de *Senatspräsident* – Presidente da Corte de Apelação – de Dresden, atividade esta que, em virtude da enorme quantidade de trabalho, foi altamente estafante.

Nessa mesma época, ele sonhou que a primeira doença havia retornado – ficando muito triste –, mas, ao constatar que era apenas um sonho, ficou muito feliz. Ainda nesse contexto, quando estava entre o sono e a vigília, passou pela sua cabeça a seguinte ideia: “Afim de contas, deve ser muito bom ser mulher e submeter-se ao ato de cópula”; Freud (2002) comenta: “Tratava-se de ideia que teria rejeitado com a maior indignação se estivesse plenamente consciente”.

Tal acontecimento terá importância cabal para toda a construção teórica que Freud (2002) faz em sua análise do caso. Schreber foi internado novamente no “Asilo Sonnenstein” – dirigido pelo Dr. Flechsig – após “um torturante acesso de insônia” e sua queixa estava relacionada a dores e acontecimentos em seu corpo. No entanto, após algum tempo da internação, a doença toma contornos mais acabados, conforme descrição do responsável pela internação:

Mais tarde, as ilusões visuais e auditivas tornaram-se muito mais freqüentes e, junto com distúrbios cenestésicos, dominavam a totalidade de seu sentimento e pensamento. Acreditava estar morto e em decomposição, que sofria de peste; asseverava que seu corpo estava sendo manejado da maneira mais revoltante, e, como ele próprio declara até hoje, passou pelos piores horrores que alguém possa imaginar, e tudo em nome de um intuito sagrado. O paciente estava tão preocupado com estas experiências patológicas, que era inacessível a qualquer outra impressão e sentava-se perfeitamente rígido e imóvel durante horas (estupor alucinatório). Por outro lado, elas o torturavam a tal ponto, que ele ansiava pela morte. Fez repetidas tentativas de afogar-se durante o banho e pediu que lhe fosse dado o “cianureto que lhe estava destinado”. **Suas idéias delirantes assumiram gradativamente caráter místico**

e religioso; achava-se em comunicação direta com Deus, era joguete de demônios, via “aparições miraculosas”, ouvia “música sagrada”, e, no final, chegou mesmo a acreditar que estava vivendo em outro mundo. (FREUD, 2002, p. 15) - Grifei

Schreber, em sua autobiografia, relatou, ao final, que sua emasculação era uma determinação divina para remissão do mundo. Ele se achava o escolhido dentre todas as pessoas para propagação de uma nova espécie.

Afora as questões psicanalíticas, uma que parece ser digna de nota é aquela que se refere ao histórico familiar de Schreber. Ele é a quarta geração de homens que escreveram livros e influenciaram a Alemanha de sua época. Clarissa Lago<sup>2</sup> nos traz o seguinte dado:

Os ancestrais masculinos de Schreber publicaram obras sobre direito, economia, pedagogia e ciências naturais, via de regra escritas com os objetivos de elevar a moralidade dos povos e de conquistar o bem da humanidade. Segundo Mattos (2000), os livros de Daniel Gottfried Schreber (o bisavô) trazem por lema a frase “Escrevemos para a posteridade”. Por sua vez, Daniel Gottlob Moritz Schreber (o pai) publicou cerca de vinte livros sobre ginástica, ortopedia, higiene e educação das crianças.

Ou seja, Schreber (filho) deveria também escrever para as gerações futuras, ainda que fossem suas “memórias de um doente dos nervos” no qual é o seu próprio corpo que protagoniza a história (MATTOS, 2000, *apud* LAGO). Havia um “complexo paterno, elemento dominante no caso Schreber, e com a fantasia de desejos em torno da qual a doença se centralizou” (FREUD, 2000, p. 73).

No entanto, Freud (2000, p. 73) continua: “Tenderíamos a dizer que caracteristicamente paranoico na doença foi o fato de o paciente, para repelir uma fantasia de desejo homossexual, ter reagido precisamente com delírios de perseguição desta espécie.”. Serão, então, abordadas as caracte-

---

<sup>2</sup> Op. Cit.

rísticas básicas da paranoia como uma ferramenta para entender o caso e suas repercussões no cotidiano do mundo jurídico.

Freud (2002) aborda, então, que todos esses elementos funcionam para afastar um desejo reprimido e, nesse caso, um desejo homossexual que requer do paranoico comportamentos para negar a frase “eu o amo” através dos delírios de perseguição (“eu o odeio por que ele me persegue”), da erotomania (“eu a amo porque ela me ama”), dos delírios de ciúme (“não sou eu quem ama o homem – ela o ama”) e, por fim, a megalomania (“eu não amo ninguém. Eu só amo a mim mesmo”).

Assim, é dentro dessa megalomania que se construiu a relação com o divino à maneira de Schreber. Ele acreditava que falava diretamente com Deus e que o Estado das Coisas deveria ser restabelecido através de sua atuação no mundo e de sua emasculação. Foi por esses delírios que Schreber foi internado e interditado e, portanto, retirado das suas funções profissionais-jurídicas, bem como impedido de cuidar dos seus negócios – leia-se “negócios” em seu sentido *lato sensu*.

No entanto, com o passar dos anos e a estabilização da doença, a Schreber foi permitido que mantivesse convívio com outras pessoas, bem como situações sociais fora do sanatório. Assim, ele chegou a admitir que a mudança externa no mundo ocorreu somente em sua individualidade.

Ao chegar a tais conclusões, Schreber apresentou recurso junto à Corte de Apelação de Dresden para levantar sua interdição. Um de seus argumentos foi o seguinte:

Mas, pense-se o que se quiser da sua crença em milagres, ninguém tem o direito de ver nela um defeito mental que faça dele um homem necessitado da assistência do Estado. Não se costuma interditar e considerar como doentes mentais os adeptos do espiritismo, embora sua visão do mundo sobrenatural não seja compreendida pela grande maioria dos homens (SCHREBER, 1984) Grifei

Nesse julgamento, chegou-se à conclusão de que Schreber não colocava em risco sua própria integridade física ou moral, ou seja, a interdição não se justificava, porque serve para proteger o interesse do próprio interdito:

Assim sendo, a Corte de Apelação chegou à convicção de que o queixoso, em todos os setores vitais aqui considerados — e os mais importantes são aqueles em que a lei prevê uma regulamentação específica —, está à altura das exigências da vida. Em todo caso, não se dispõe de nenhuma evidência, nem se pode considerar como certo o fato de que suas ideias delirantes o tornam incapaz de administrar seus negócios. Isto leva a considerar o recurso por ele apresentado e a anular a medida legal de interdição que pesava sobre o queixoso sem que seja necessário examinar as provas testemunhais mais recentes, acrescentadas por ele (art. 672, do Código Processual Civil). (SCHREBER, 1984)

A partir de 26 de julho de 1902, Schreber retomou suas atividades e sua vida cotidiana, embora permanecesse com sua crença, já que ele não tinha dúvidas sobre no que acreditava, não se importando se as outras pessoas acreditavam serem verdade ou verossímeis suas crenças.

## CONCLUSÃO

Compartilho do sentimento de Clarissa Lago, ao afirmar:

Confesso que a história de um doente dos nervos realmente dá nos nervos estudá-lo. Escrever e apresentar o Caso Schreber é uma tarefa árdua, pois é um caso clínico denso, cheio de detalhes e nuances, ao passo que também é encantador, pelo fato de sabermos que é um relato autobiográfico (e isso encanta pela clareza com que os detalhes aparecem, e uma certa lógica que o paciente estabelecia em cada um dos seus delírios.)<sup>3</sup>

---

3 Op. Cit.

Apresentar este caso é um exercício de revisitar as nossas mais recônditas lembranças uma vez que “nada que é humano me é estranho”.

A autoria dessa máxima é original da peça “O Atormentador de Si Mesmo”, obra de Terêncio, comediógrafo latino do século 2 a.C.; ela foi trabalhada pelo filósofo Mario Sergio Cortella em uma crônica publicada no jornal “A Folha de São Paulo”<sup>4</sup>. Cortella traz à discussão uma interpretação fraternal no sentido de que é necessário amplificar o dever de compreensão entre as pessoas.

Não é diferente no Caso Schreber. A leitura atenta aos textos deve nos levar a uma compreensão empática desses acontecimentos e não apenas a um olhar de julgamento.

Este Caso auxilia na ampliação do olhar do operador do Direito para além das estritas cercas das normas, fomentando uma abertura cognitiva para as ciências sociais.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORTELLA, Mário Sérgio. *Nada do que é humano me é estranho?*. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/eq3108200029.htm>>. Acessado em 07/07/2018.

FREUD, S. *O Caso Schreber: Notas psicanalíticas sobre um relato autobiográfico de um caso de paranoia (Dementia Paranoides)*. Tradução de José Octavio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 2002(1911).

LAGO, Clarissa. *O Caso Schreber: A história de um doente dos nervos que realmente dá nos nervos!* Disponível em <<https://blogdapsicanalise.com.br/2015/02/10/o-caso-schreber-a-historia-de-um-doente-dos-nervos-que-realmente-da-nos-nervos/>>. Acessado em 02/07/2018.

4 CORTELLA, Mário Sérgio. *Nada do que é humano me é estranho?*. Disponível em <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/equilibrio/eq3108200029.htm>>. Acessado em 07/07/2018.

MATTOS, J. *Schreber: um corpo-mulher para um pai*. In: O corpo da psicanálise. Publicação da Escola Letra Freudiana. Ano XIX, n. 27. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2000, p. 153-162.

SCHREBER, Daniel Paul. *Memórias de um doente dos nervos*. São Paulo: Paz e Terra, 1984.





Centro de Estudos e Pesquisas

**A** REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é uma ferramenta institucional publicada pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, que objetiva construir uma relação de proximidade do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça. A REVISTA acompanha o cenário do FONAJE – Fórum Nacional de Juizados Especiais, objetivando intensificar um novo paradigma: de que o Direito só será justo na medida em que seus operadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

**Cristina Tereza Gaulia**

Coordenadora Editorial