

# JUSTIÇA & CIDADANIA

ISSN 1807-779X | Edição 209 - Janeiro de 2018

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO

**COMBATE À CORRUPÇÃO E  
ESTADO DE DIREITO**

**A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

**EDITORIAL: ANO NOVO, AS MESMAS (EFICIENTES) SOLUÇÕES**

## Somando solidariedade, boa vontade e dedicação, o Banco Rio de Alimentos faz a diferença na vida de muita gente.

Há 17 anos, o Banco Rio de Alimentos atua no combate à fome e ao desperdício utilizando uma fórmula que consiste em: recolher produtos alimentícios não comercializáveis nas empresas doadoras parceiras e entregar em instituições sociais, que os utilizam no preparo de suas receitas.

Uma verdadeira rede de solidariedade unindo doadores, instituições assistenciais, voluntários e funcionários, que dividem o mesmo ideal para multiplicar a esperança, a cidadania e o desenvolvimento social.

Saiba mais em:

[www.sescrj.org.br/banco-rio-de-alimentos](http://www.sescrj.org.br/banco-rio-de-alimentos)



Banco Rio  
de Alimentos

UM PROGRAMA

Sistema

Fecomércio RJ  
Sesc | Senac

Sesc



63

EMPRESAS  
DOADORAS

305

INSTITUIÇÕES  
SOCIAIS  
CADASTRADAS

50 MIL

PESSOAS  
CADASTRADAS  
E BENEFICIADAS

MAIS DE

900

TONELADAS  
DE ALIMENTOS  
DISTRIBUÍDOS

(1921 - 2016 • Orpheu Santos Salles)



Av. Rio Branco, 14 / 18º andar  
Rio de Janeiro – RJ CEP: 20090-000  
Tel./Fax (21) 2240-0429  
editorajc@editorajc.com.br  
www.editorajc.com.br

ISSN 1807-779X

**Tiago Salles**  
Editor-Executivo

**Erika Branco**  
Diretora de Redação

**Maurício Frederico**  
Diagramação

**Ada Caperuto**  
Jornalista colaboradora

**Luci Pereira**  
Expedição

#### Correspondentes:

**Brasília**  
Arnaldo Gomes  
SCN, Q.1 – Bl. E / Sl. 715  
Edifício Central Park  
Brasília – DF CEP: 70711-903  
Tel.: (61) 3710-6466  
Cel.: (61) 9981-1229

**Manaus**  
Julio Antonio Lopes  
Av. André Araújo, 1924-A – Aleixo  
Manaus – AM CEP: 69060-001  
Tel.: (92) 3643-1200

**CTP, Impressão e Acabamento**  
Edigráfica

Edição 209 • Janeiro de 2018 • Capa: STF

#### Conselho Editorial

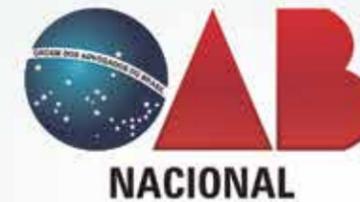
Bernardo Cabral  
Presidente

Adilson Vieira Macabu	Julio Antonio Lopes
Alexandre Agra Belmonte	Luis Felipe Salomão
Ana Tereza Basilio	Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho
André Fontes	Luís Inácio Lucena Adams
Antônio Augusto de Souza Coelho	Luís Roberto Barroso
Antônio Souza Prudente	Luiz Fux
Aurélio Wander Bastos	Marco Aurélio Mello
Benedito Gonçalves	Marcus Faver
Carlos Antônio Navega	Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Carlos Ayres Britto	Maria Cristina Irigoyen Peduzzi
Carlos Mário Velloso	Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha
Cármem Lúcia Antunes Rocha	Massami Uyeda
Cláudio dell'Orto	Maurício Dinepi
Dalmo de Abreu Dallari	Mauro Campbell
Darci Norte Rebelo	Maximino Gonçalves Fontes
Enrique Ricardo Lewandowski	Nelson Tomaz Braga
Erika Siebler Branco	Ney Prado
Ernane Galvêas	Paulo de Tarso Sanseverino
Fábio de Salles Meirelles	Paulo Dias de Moura Ribeiro
Gilmar Ferreira Mendes	Peter Messetti
Guilherme Augusto Caputo Bastos	Ricardo Villas Bôas Cueva
Henrique Nelson Calandra	Roberto Rosas
Humberto Martins	Sergio Cavalieri Filho
Ives Gandra Martins	Sidnei Beneti
João Otávio de Noronha	Siro Darlan
José Antonio Dias Toffoli	Sylvio Capanema de Souza
José Geraldo da Fonseca	Thiers Montebello
José Renato Nalini	Tiago Salles

facebook.com/editorajc



Apoio



# EM DEFESA DA **ADVOCACIA** E DA **CIDADANIA**

★ ★ ★ ★ ★  
**CLUBE DE SERVIÇOS  
AOS ADVOGADOS**



Conheça os benefícios que  
preparamos para você.  
clubedeservicos.oab.org.br

**AGORA  
CHEGA**  
DE CARGA TRIBUTÁRIA

#NãoàCPMF



Assine, é muito fácil!  
agoracheega.org.br

Use a hashtag: #NãoàCPMF



Foto: Rosinei Coutinho

**8** Combate à corrupção e Estado de Direito: a experiência brasileira

<b>7</b> Ano Novo, as mesmas (eficientes) soluções	<b>30</b> A competência para julgamento da reclamação nos Juizados Especiais Cíveis
<b>16</b> Ao jovem Juiz	<b>36</b> Nova lei da imigração no Brasil
<b>18</b> A Constituição de 1988 na visão de Roberto Campos	<b>40</b> Judicialização da Saúde no Brasil
<b>20</b> Condomínio de fato	<b>44</b> A (in)segurança jurídica
<b>24</b> Controle jurisdicional dos atos da administração militar	<b>46</b> Pós-positivismo e ética no Poder Judiciário

## Ano Novo, as mesmas (eficientes) soluções



**H**á quem diga que a mudança no calendário é apenas uma questão de ordem cronológica e que a festejada “virada” do ano velho para o novo, de nada adianta. Assim sendo, que valor teriam as listas de resoluções e as promessas de mudanças em vários aspectos de nossas vidas que desejamos aperfeiçoar? Para uma parcela significativa de pessoas, nenhum.

Prefiro enxergar na transição do calendário um sinal de que sempre podemos buscar a renovação, um passo a cada dia. Entendo este momento singular como a chance de realizar uma retrospectiva pessoal, a oportunidade de fazer um balanço de tudo o que construímos, não apenas ao longo dos últimos doze meses, mas no decorrer de nossas vidas.

Diante desses fatos, teremos a chance de avaliar a nossa evolução sobreposta ao nosso repertório de conhecimentos, premissas, dogmas, conjecturas e princípios de valor. A partir de uma análise que some razão e emoção, nos tornamos capazes de tecer renovadas expectativas, sempre embasadas no resultado atualizado de nossas experiências (boas ou não). Este é, para mim, o verdadeiro sentido da renovação que nos chega com 2018 e, assim sucessivamente, a cada próximo ano que celebrarmos a chegada.

Então quando digo que o “ano é novo, mas as soluções são as mesmas” refiro-me, como “soluções”, a este arcabouço de valores, saberes e entendimentos que reunimos ao longo de nossa existência. São estes os instrumentais capazes de nos fazer avançar para a plenitude de nossas pretensões de realização pessoal e comunitária. E, em retrospecto, percebemos o quanto, afinal, avançamos em nossos projetos de vida.

Esta reflexão também se aplica às “expectativas de Ano Novo” para o nosso país. E as “mesmas soluções” realmente efetivas são e sempre serão encontradas pela via do Judiciário. Se avaliarmos o conjunto de saberes, conhecimentos e postulados construídos em torno dos últimos acontecimentos na vida pública nacional, seremos capazes de perceber a indiscutível verdade que evoluímos em muitos sentidos.

Esta edição, cuja reportagem de capa tem foco no mais representativo impasse de nossa República, reúne artigos que exemplificam muito bem as múltiplas propostas de eficiência – em diferentes campos da atividade humana – que advêm de um único caminho: a aplicação da Justiça pautada pelo respeito à Constituição Federal. E é exatamente isso o que seguimos fazendo há quase 20 anos: apresentar ao público as veredas, orientações, trâmites e soluções que partem de nosso Judiciário.

Fazemos, durante todos os meses do ano, um balanço de tudo aquilo que o Judiciário traz como contribuição intrínseca de sua missão. E esta Instituição republicana, por sua vez, no revela o quanto é possível atingir as expectativas de uma Nação livre de vícios, mazelas e problemas sociais a cada dia, a cada novo julgamento. Ou “a cada nova resolução de Ano Novo”, se assim preferirem chamar. Que a busca pelo aperfeiçoamento de nosso País siga em construção para a plenitude do bem comum e de um Brasil efetivamente realizado em suas disposições cidadãs.

Feliz 2018!



# Combate à corrupção e Estado de Direito

## A experiência brasileira

**Luís Roberto Barroso**

Membro do Conselho Editorial  
Ministro do Supremo Tribunal Federal

### Nota do Editor:

Membro do Supremo Tribunal Federal, o ministro Luís Roberto Barroso foi convidado a palestrar na Conferência Magna de Abertura da “Convenção sobre Políticas Públicas e a Percepção da Corrupção na América Latina”, realizada em Buenos Aires, no final de 2017.

Na sequência, você confere a íntegra da brilhante apresentação do Ministro durante o evento, promovido pelo Comitê Permanente da América Latina para Prevenção do Crime – Programa do ILANUD (Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para prevenção do Crime e Tratamento do Delincente).

### I. Introdução

Brasil atravessa um momento muito difícil. Devo dizer, porém, que não me deixei levar pela onda de negatividade que se abateu sobre o país. Por muitas razões. Uma delas atribuo a um americano vencedor do Prêmio Nobel de Economia, James Tobin, que disse algo assim: “O otimismo não funciona. Não há prova de que ele faça as coisas ficarem melhores. Mas o pessimismo funciona. Ele faz tudo ficar pior”. Uma outra razão é que eu acho que, apesar de tudo, temos razões para sermos confiantes em relação ao futuro.

### II. Algumas conquistas a celebrar

Quando ingressei na Faculdade, há quarenta anos, e comecei a pensar e a me afligir com o Brasil,

minhas grandes preocupações eram três: (i) como derrotar a tortura, que ainda maculava de perversão a história do Brasil; (ii) como acabar com a censura, que selecionava as notícias que o povo brasileiro podia ler ou assistir; e (iii) como construir instituições democráticas em um país marcado por golpes e quebras da legalidade constitucional.

Hoje, finda a tortura política, a censura e com trinta anos de democracia, nós estamos discutindo a melhor forma de enfrentar a corrupção, dentro de um quadro de respeito à Constituição e às leis; de elevar o patamar da ética pública e privada do país; de como passar de um país de renda média para entrarmos verdadeiramente no clube dos países desenvolvidos. Comparados com os desafios de quarenta anos atrás, estes parecem muito mais estimulantes. A qualidade da nossa agenda e das nossas preocupações melhorou muito.

Ainda nessa nota inicial positiva, eu gostaria de lembrar que nessas três décadas de democracia, nós temos uma série importante de conquistas para celebrar, que incluem:

A. *Estabilidade institucional*: deixamos para trás a tradição de quarteladas e quebras da legalidade constitucional, e temos atravessado crises e tempestades com todas as instituições funcionando. E não têm sido tempos banais, como demonstram os momentos dramáticos do *Mensalão*, da *Operação Lava-Jato* e a destituição, por *impeachment*, de dois presidentes da República;





Foto: José Alberto

Ministro Luís Roberto Barroso, do STF

B. *Estabilidade monetária*: todas as pessoas que têm mais de 40 anos viveram uma parte da sua vida adulta dentro de um contexto econômico de hiperinflação. Cada um de nós terá o seu próprio registro de horror da convivência com sucessivos planos econômicos que não deram certo: Cruzado I, Cruzado II, Bresser, Collor I e Collor II. Até que a inflação veio a ser domesticada com o Plano Real, a partir de julho de 1994;

C. *Inclusão social*: nas últimas três décadas, entre 30 e 40 milhões de pessoas deixaram a zona de pobreza extrema, passando a desfrutar de alguns dos benefícios da sociedade de consumo e da vida civilizada. Ao longo do mesmo período, o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, medido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) foi o que mais cresceu entre os países da América Latina e do Caribe.

Em menos de uma geração derrotamos o autoritarismo, a hiperinflação e a pobreza extrema. Neste momento, há uma enorme demanda por integridade, idealismo e patriotismo na sociedade brasileira. E esta é a energia que pode mudar paradigmas e empurrar a história.

## Parte I – Origens e causas da corrupção no Brasil

### I. Origens remotas da corrupção: três disfunções da colonização brasileira

Três disfunções marcam a trajetória do Estado

brasileiro: o patrimonialismo, o oficialismo e a cultura da desigualdade. O *patrimonialismo* remete à nossa tradição ibérica, ao modo como se estabeleciam as relações políticas, econômicas e sociais entre o Imperador e a sociedade portuguesa, em geral, e com os colonizadores do Brasil, em particular. Não havia separação entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino, entre bens particulares e bens do Estado. Vem desde aí a difícil separação entre esfera pública e privada, que é a marca da formação nacional.

A segunda disfunção é o *oficialismo*. Esta é a característica que faz depender do Estado todos os projetos pessoais, sociais ou empresariais. Da telefonia às fantasias de Carnaval, tudo depende do dinheiro do BNDES, da Caixa Econômica, dos Fundos de Pensão, dos cofres estaduais ou municipais. O Estado se torna mais importante do que a sociedade.

A *cultura da desigualdade* é o nosso terceiro mal crônico. A igualdade no mundo contemporâneo se expressa em três dimensões: a igualdade formal, que impede a desequiparação arbitrária das pessoas; a igualdade material, que procura assegurar as mesmas oportunidades a todos; e a igualdade como reconhecimento, que busca respeitar as diferenças de gênero e proteger as minorias. Temos problemas nas três dimensões. Como não há uma cultura de que todos são iguais e deve haver direitos para todos, cria-se um universo paralelo de privilégios: imunidades tributárias,

foro privilegiado, juros subsidiados, auxílio moradia, carro oficial, prisão especial.

### II. Três causas mais diretas da corrupção

Três causas mais diretas da corrupção no Brasil incluem o superdimensionamento do Estado, o sistema político e a impunidade. Veja-se uma breve anotação sobre cada uma delas.

Como consequência do oficialismo referido acima, o *superdimensionamento do Estado* fez com que ele ficasse grande demais. Há três problemas associados a esta onipresença estatal: ineficiência, politização e corrupção. A corrupção se manifesta nas situações mais diversas. Um dos esquemas mais visíveis inicia-se com a nomeação de agentes públicos ou dirigentes de empresas estatais com o propósito de desviar recursos. Na sequência, fraudam-se as licitações para que os vencedores dos contratos administrativos sejam os parceiros do saque ao Estado. E, por fim, como o Poder Público frequentemente não honra suas obrigações a tempo e a hora, também se cobram propinas para a liberação dos pagamentos. Este é o modelo-padrão.

Outro grave foco de corrupção está no *sistema político*, que abrange os sistemas de governo (presidencialismo ou parlamentarismo), eleitoral (majoritário ou proporcional) e partidário (criação e funcionamento dos partidos políticos). Temos problemas nos três planos. Uma das maiores usinas de malfeitorias está no sistema eleitoral adotado para a Câmara dos

“A igualdade no mundo contemporâneo se expressa em três dimensões: a igualdade formal, que impede a desequiparação arbitrária das pessoas; a igualdade material, que procura assegurar as mesmas oportunidades a todos; e a igualdade como reconhecimento, que busca respeitar as diferenças de gênero e proteger as minorias. Temos problemas nas três dimensões”

Deputados, que o proporcional em lista aberta. Dentre muitos outros problemas, está o seu custo elevadíssimo. No tocante ao sistema partidário, uma legião de legendas irrelevantes para a sociedade, mas com atuação no Congresso, vive da apropriação privada do Fundo Partidário por seus dirigentes e da venda do tempo de televisão. Vale dizer: trata-se da institucionalização da desonestidade. Já a *impunidade* é a causa imediata mais relevante. A elite dominante brasileira, na política, na economia e nos estamentos burocráticos, construiu um sistema penal e processual penal voltado a assegurar-lhe imunidade. O aparato inclui tratar com relativa desimportância a criminalidade do colarinho branco. Para que se tenha uma ideia das opções do legislador e da jurisprudência, o crime de sonegação fiscal, além de ser punido com pena baixa, oferece o benefício da extinção da punibilidade se o contribuinte devedor quitar a dívida até depois do trânsito em julgado da condenação. Embora esteja em curso um meritório esforço, muitos tipos de crimes efetivamente compensam no país.

## Parte II – O enfrentamento da corrupção no Brasil

### I. Uma fotografia do momento atual

É impossível falar sobre o momento institucional brasileiro sem olhar em volta e constatar que: a) o Presidente da República foi denunciado duas vezes, por corrupção passiva e obstrução de justiça; b) um ex-Presidente da República foi condenado por corrupção

passiva em primeiro grau de jurisdição; c) dois ex-chefes da casa civil foram condenados criminalmente, um por corrupção ativa e outro por corrupção passiva; d) o ex-Ministro da Secretaria de Governo da Presidência da República está preso, tendo sido encontrados em apartamento supostamente seu 51 milhões de reais; e) dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados estão presos, um deles já condenado por corrupção passiva, lavagem de dinheiro e evasão de divisas; f) um presidente anterior da Câmara dos Deputados foi condenado por peculato e cumpriu pena; g) mais de um ex-governador de Estado se encontra preso sob acusações de corrupção passiva e outros crimes; h) todos os conselheiros (menos um) de um Tribunal de Contas estadual foram presos por corrupção passiva; i) um Senador, ex-candidato a Presidente da República, foi denunciado por corrupção passiva.

Além disso, a colaboração premiada de mais de 70 executivos da empreiteira Odebrecht resultou na delação de 415 políticos, de 26 partidos. Já a colaboração da empresa JBS envolveu 1829 políticos, de 28 partidos, bem como o Presidente atual, ex-Presidentes e dezenas de Deputados, Senadores e Governadores.

## II. O papel do direito penal e as consequências da impunidade

O Poder Judiciário, ou pelo menos parte dele, tem sido identificado pela sociedade como elemento decisivo para o tardio e árduo enfrentamento da corrupção no Brasil. Isso não significa que a atuação de juízes e tribunais venha sendo homogênea e linear. Ainda assim, tem cabido aos juízes e tribunais, em conjunto com o Ministério Público e a Polícia Federal, os esforços mais bem-sucedidos nessa área.

Não se muda o Brasil nem o mundo com direito penal, processos e prisões. A construção de um país fundado em justiça, liberdades individuais e igualdade exige: a) *educação de qualidade* desde a pré-escola; b) *distribuição adequada de riquezas*, poder e bem-estar; e c) *debate público democrático e de qualidade*.

Dentro dessa perspectiva, o sistema punitivo está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de igualdade, pluralismo e tolerância. Talvez por isso mesmo, ele tenha sido largamente negligenciado no Brasil desde a redemocratização.

Ninguém deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva, um direito penal onipresente. É preciso assegurar o direito de defesa e o devido processo legal. Mas não um sistema em que processos nunca chegam ao fim e no qual ninguém que ganhe mais do que cinco salários mínimos jamais seja punido. O país precisa de um Estado de justiça. Uma sociedade justa não pode conviver com a empresa que ganha a licitação porque deu propina para o administrador que conduzia o certame.

“ Nos trinta e poucos anos de poder civil e constitucionalismo democrático no país, há importantes vitórias a celebrar, que incluem o mais longo período de estabilidade institucional da República, a conquista de estabilidade monetária e uma expressiva inclusão social de milhões de pessoas que superaram a linha da pobreza extrema”

## III. Mudanças de atitude, da legislação e da jurisprudência

O combate à criminalidade do colarinho branco, especialmente da corrupção, tem exigido mudanças de atitude na sociedade e nas instituições; mudanças na legislação; e mudanças na jurisprudência dos tribunais. No tocante à mudança geral de atitude – de aceitação passiva do inaceitável, como se fora uma inevitabilidade –, o julgamento da Ação Penal 470, conhecida como *Mensalão*, foi um marco emblemático.

Na sequência, a magistratura, o Ministério Público e a Polícia Federal conduziram a chamada Operação Lava-Jato, o mais extenso e profundo processo de enfrentamento da corrupção na história do país. Utilizando técnicas de investigação modernas, processamento de *big data* e colaborações premiadas, a Operação desvendou um pacto oligárquico de saque ao Estado brasileiro, celebrado por empresários, políticos e burocratas. Em meados de 2017, já havia em torno de 140 condenações em primeiro grau de jurisdição. A verdade é que poucos países no mundo tiveram a capacidade de abrir suas entranhas e expor desmandos atávicos como o Brasil.

Ao longo dos anos, lenta, mas progressivamente, também houve mudanças importantes na legislação, com foco na criminalidade do colarinho branco. Na mesma onda de combate à corrupção e à improbi-



Ministro Luís Roberto Barroso, do STF

dade, sobreveio a Lei Complementar nº 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, pela qual quem foi condenado por órgão colegiado por crimes graves não pode concorrer a cargos eletivos. Uma medida importante em favor da moralidade administrativa e da decência política.

Por fim, houve alterações ou movimentos significativos trazidos pela jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal. A mais importante delas, sem dúvida, foi a possibilidade de execução de decisões penais condenatórias após o julgamento em segundo grau, fechando a porta pela qual processos criminais se eternizavam até a prescrição. Também merece destaque a declaração de inconstitucionalidade do modelo de financiamento eleitoral por empresas, que produziu as práticas mafiosas desveladas pela Operação Lava-Jato. Igualmente, insere-se nesta tendência de maior seriedade penal a validação das investigações conduzidas pelo Ministério Público. E, no âmbito da execução das penas do *Mensalão*, ficou estabelecido que a progressão de regime prisional dependia da devolução do dinheiro desviado, em caso de peculato, e do pagamento da multa condenatória, nas condenações em geral.

Aqui e ali se tem falado em voltar atrás no entendimento de que é possível a execução da condenação criminal após a decisão de segundo grau. Esta foi a

mais importante mudança realizada no cenário jurídico brasileiro. A partir daí, os criminosos do colarinho branco passaram a ser efetivamente presos ou a correr o risco de virem a ser presos. Isso produziu dois efeitos importantes. O primeiro, o efeito dissuasório: passaram a evitar de cometer novos crimes, por temor à punição. O segundo: para diminuir penas, passaram a ser colaboradores premiados, ajudando a desvendar crimes graves, que só podem ser descobertos com a ajuda de criminosos arrependidos ou procurando abrandar as punições. Portanto, os efeitos da mudança de jurisprudência são extremamente positivos.

Em 2016, o Supremo Tribunal Federal, por três vezes, decidiu sobre a possibilidade da execução após o segundo grau. Só se muda uma linha de entendimento quando há uma alteração relevante na realidade de fato ou na percepção do direito. Nada disso aconteceu. De lá para cá, nada mudou, salvo a chegada de alguns novos réus. Um país em que a jurisprudência vai mudando em função do réu, não é um Estado de direito. É um Estado de compadrio.

Outro ponto: ainda não foi concluído o julgamento pelo qual se propôs a redução drástica do foro por prerrogativa de função, pejorativa e apropriadamente apelidado de foro privilegiado. Quando suspenso o julgamento, em 1º de junho de 2017, já havia quatro votos no sentido de restringir a competência do STF

aos fatos praticados no exercício do cargo e quando diretamente relacionados ao seu exercício. O sistema até aqui vigente é extremamente disfuncional, gerando demora, sobe e desce de processos e prescrições.

Uma parte relevante da corrupção no Brasil está associada ao custo das eleições e ao financiamento eleitoral. Portanto, uma reforma política capaz de baratear as disputas eleitorais poderá ter impacto significativo sobre esta disfunção crônica da vida brasileira. É preciso mudar o Brasil dentro da legalidade democrática e do respeito aos direitos humanos.

#### IV. Os riscos da criminalização da política

Em uma democracia, política é gênero de primeira necessidade. Seria um equívoco pretender demonizá-la e, mais ainda, criminalizá-la. A vida política nem sempre tem a racionalidade e a linearidade que uma certa ânsia por avanços sociais e civilizatórios exige. Mas é assim em todo o mundo democrático: progresso e retrocesso, idas e vindas, vencedores e vencidos.

A propósito, nos trinta e poucos anos de poder civil e constitucionalismo democrático no país, há importantes vitórias a celebrar, que incluem o mais longo período de estabilidade institucional da República, a conquista de estabilidade monetária e uma expressiva inclusão social de milhões de pessoas que superaram a linha da pobreza extrema. Porém, assim como não se deve criminalizar a política, não se deve politizar o crime. Não há como “glamourizar” a desonestidade.

#### V. As resistências às mudanças

Como seria de se esperar, o enfrentamento à corrupção tem encontrado resistências diversas, ostensivas ou dissimuladas. O refrão repetido é o de que sempre foi assim. Agora que a história mudou de mão, consideram-se vítimas de um atropelamento injusto. A verdade é que não dá para a história voltar para a contramão. Mas parte da elite brasileira ainda milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos outros, a dos adversários.

Quem quer que olhe em volta pode constatar que a “Operação Abafa” é visível, ostensiva e indecente. O momento é tão delicado que em alguns círculos tem sido necessário reavivar alguns valores básicos que regem a atuação do Poder Judiciário.

A grande dificuldade, nessa matéria, é que as reformas de que o país precisa dependem, para serem feitas democraticamente, como se impõe, da

deliberação de pessoas cujos interesses são afetados pelas mudanças necessárias.

#### VI. O custo da corrupção<sup>1</sup>

De acordo com a Transparência Internacional, em 2016 o Brasil foi o 76º colocado no *ranking* sobre percepção da corrupção no mundo, entre 168 países analisados. Em 2014, havíamos ocupado o 69º lugar. Ou seja: pioramos. Estatísticas como essas comprometem a imagem do país, o nível de investimento, a credibilidade das instituições e, em escala sutil e imensurável, a autoestima das pessoas. A corrupção acarreta custos financeiros, sociais e morais.

No tocante aos custos financeiros, apesar das dificuldades de levantamento de dados – subornos e propinas geralmente não vêm a público –, noticiou-se que apenas na Petrobras e empresas estatais investigadas na Operação Lava-Jato os pagamentos de propina chegaram a 20 bilhões de reais. Levantamento feito pela Federação das Indústrias de São Paulo – FIESP projeta que até 2,3% do PIB são perdidos a cada ano com práticas corruptas, o que chegaria a 100 bilhões de reais por ano.

#### VII. Conclusão: uma semente foi plantada

A corrupção favorece os piores. É a prevalência dos desonestos e dos espertos sobre os íntegros e bons. Esse modelo não pode durar para sempre. Portanto, o enfrentamento da corrupção e da impunidade que nós estamos fazendo, dentro do Estado de direito, com absoluto respeito à Constituição e às leis, produzirá, logo ali, na esquina do tempo, uma transformação cultural importante: a revalorização dos *bons* em lugar dos *espertos*.

Uma fotografia do momento atual pode dar a impressão de que o crime compensa e o mal venceu. Mas seria uma imagem enganosa. O país já mudou e nada será como antes. A imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo que hoje existe na sociedade brasileira é uma realidade inescapável. Uma semente foi plantada. O trem já saiu da estação. Há muitas imagens para ilustrar a refundação do país sobre novas bases, tanto na ética pública quanto na ética privada. É preciso empurrar a história, mas ter a humildade de reconhecer que ela tem o seu próprio tempo. E não desistir antes de cumprida a missão. Li em um cartaz uma frase cuja autoria é disputada, mas que é uma boa alegoria para traduzir o espírito dessa hora: “Viver não é esperar a tempestade passar. Viver é aprender a dançar na chuva”. E seguir em frente. 

#### Nota

<sup>1</sup> <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-custo-brasil-da-corrupcao/>;  
[http://www.huffpostbrasil.com/anpr/quais-os-custos-e-os-efeitos-da-corrupcao-no-brasil\\_a\\_21692986/](http://www.huffpostbrasil.com/anpr/quais-os-custos-e-os-efeitos-da-corrupcao-no-brasil_a_21692986/);  
<http://www.gazetaonline.com.br/noticias/economia/2017/05/saiba-qual-e-o-preco-da-corrupcao-no-brasil-1014059906.html>

# BASILIO

## ADVOGADOS



Fundado por advogados de destaque no cenário nacional, egressos dos principais escritórios de advocacia do País, Basilio Advogados tem atuação empresarial, baseada no atendimento a grandes empresas de diversos segmentos, tais como concessionárias de serviço público, mineradoras, bancos, construtoras, shopping centers, assim como a pessoas físicas.

O Escritório conta com uma equipe multidisciplinar, que atua em diversos segmentos empresariais, priorizando a ética em suas relações e a busca constante pela excelência.

Em sintonia com a constante evolução das demandas sociais e alinhado a recursos tecnológicos, o escritório tem por objetivo essencial e compromisso institucional a prestação de serviços de excelência jurídica, com a confecção artesanal dos trabalhos e atuação diferenciada, tudo isso pautado por uma política de tratamento personalizado ao cliente, sempre na busca da solução mais objetiva, célere e adequada para cada assunto.

#### Rio de Janeiro - Centro

Av. Presidente Wilson, 210-12º e 13º andares  
Centro - Rio de Janeiro - RJ - Cep: 20.030-021  
Tel.: 55 21 2277 4200 • Fax: 55 21 2210 6316

#### Rio de Janeiro - Barra

Av. das Américas, 4200, Bloco 2, sala 206 - Edifício  
New York - Centro Empresarial Barra Shopping  
Barra da Tijuca - Rio de Janeiro - RJ  
Cep: 22.640-102 Tel: 55 21 3325-4200

#### São Paulo

R. Leôncio de Carvalho, 234 - 4º andar  
Paraíso - São Paulo - SP - Cep: 04.003-010  
Tel./Fax: 55 11 3171 1388

#### Brasília

SCN - Qd 04, BL B, Pétala D, Sala 502  
Centro Empresarial Varig - Brasília  
DF - Cep: 70.714-900  
Tel.-Fax: 55 61 3045 6144

# Ao jovem Juiz

Og Fernandes | Ministro do STJ

*Quando nasci, um anjo torto  
desses que vivem na sombra  
disse: Vai, Carlos! ser gauche na vida  
(Carlos Drummond de Andrade – Poema de Sete Faces, 1930)*

**A**mim, o anjo manifestou-se em 1981. Desde 73 era repórter. No ano seguinte, formei-me ao mesmo tempo em jornalismo e direito. A cobertura diária dos tribunais me aproximou cada vez mais do Judiciário, ainda que com uma visão crítica. Em 77, passei também a advogar. A magistratura me atraiu pela independência do juiz e pela possibilidade de distribuir justiça. Passar no concurso foi o passo seguinte; sou juiz até hoje.

Tornar-se juiz é receber um poder quase divino. A você, jovem concursado, caberá decidir sobre o nascimento e a morte, o amor e o ódio, os dramas humanos em todos os aspectos, dos mais singelos aos da mais alta indagação. Você tornará o injusto, justo; o indigno, digno; a mentira, verdade. E isso em razão da (nada) simples aprovação em um processo seletivo. Toda essa capacidade intelectual, aplicada na aprovação, não pode se limitar ao estudo do Direito.

É preciso honrar e ser leal à confiança pública depositada em você. Esse crédito é obtido ao longo dos anos. O capital social do juiz é resultado direto do investimento em sua própria biografia. E não há férias morais no exercício da justiça. Como disse o ministro aposentado da Suprema Corte mexicana Juan Romero, juízes, assim como professores, sacerdotes e mães, estão em posição privilegiada de obser-

var condutas humanas, das melhores às piores. Esse duro privilégio impõe que a oportunidade seja aproveitada para orientar não só as condutas dos demais, mas a sua própria, tornando-se a cada dia uma pessoa – e um profissional – melhor.

Esse especial poder coloca Vossas Excelências em um palco, para que sejam aplaudidos. A vaidade é grande e constante o risco, e todos devemos cuidar para que a juizite – ou suas formas mais graves, a desembargadorite e a ministrite – como as perucas inglesas, não nos tomem as cabeças.

Tais perucas, por sinal, têm origem no fato de os juízes não desejarem ser reconhecidos pelo povo fora das cortes. Neste século, em que – felizmente – democracia e transparência estão na moda, não nos é dado esse direito ao escondimento.

Ao juiz é indispensável ser transparente. Essa transparência engloba não só seu processo decisório, suas fundamentações, mas também a vida pessoal, as amizades e as condutas sociais. Além disso, como à mulher de César, não basta ser isento, honesto, competente e imparcial: é preciso ainda parecer ser. Essa necessidade decorre do processo de legitimação do Judiciário: para que seja aceito pela sociedade, é preciso que o poder – e as pessoas que o encarnam – tenha credibilidade.



Ser transparente, entretanto, não quer dizer uma obrigação de manter-se nos holofotes, principalmente nos das TVs. A vanglória precisa ser controlada, para que não nos tornemos especialistas preferenciais da mídia, convidados a opinar até, quem sabe, sobre assuntos que saibamos. É importante atenção para não nos deixarmos seduzir pelo fascínio que microfones e fama exercem. Também não podemos esquecer que a mídia está inserida em um contexto amplo e complexo, conexo aos campos político – exercendo influência – e econômico – buscando audiência. Nessa busca, não raro, opta pelo espetacular sobre o autêntico e pelo sensacional ao relevante. Estar na mídia constantemente não é sinônimo de muito mais que servir a esses anseios.

O outro lado da moeda é se tornar réu no tribunal da opinião pública. No exercício do poder, o magistrado tem o cruel privilégio de estar a sós com sua consciência. Sem chefe a lhe ditar o trabalho, sem obrigações externas, apoiado em suas garantias de independência e de autonomia, o juiz tem um só compromisso: desempatar o conflito, ainda que contrariando a expectativa da maioria.

No mais das vezes, não é preciso procurar muito: a compreensão do certo e do errado é intuitiva. Mas há os chamados casos difíceis. Se um Parlamento, plural

e com a legitimação direta do voto, se dá o direito de adiar indefinidamente a solução de certos temas, um magistrado não tem a mesma discricionariedade. À falta de certeza, analise o assunto sob as mais diversas vertentes. Permita-se tempo para julgar.

Além disso, se ao juiz não é dado ter medo do erro ou da crítica, também não é dado crer-se acima do bem ou do mal. Ninguém é infalível. O bom juiz pode ter dúvidas e, até, arrependimentos: o único erro inescusável é o de má-fé. O magistrado não sabe mais sobre certo tema que um advogado especialista; o que ele sabe mais é sobre uma certa técnica de decidir conflitos. Aceite os erros e as críticas, mesmo duras: aprende-se mais com elas que com os elogios, que tanto agradam quanto entorpecem.

Voltando a falar em mídia, estamos em tempos das redes sociais. Esses novos canais de interação digital permitem ao juiz aproximar-se da comunidade local e jurídica, entre outros tantos interesses. Se é importante não se fechar em torres de marfim, é também imperativo não perder a temperança. O juiz, na internet, continua sendo juiz. E assim deve se portar.

Estejam desde logo convidados a continuar esta conversa; serão mais que bem-vindos: [twitter.com/ministro\\_og](https://twitter.com/ministro_og)

# A Constituição de 1988 na visão de Roberto Campos

Ney Prado

Membro do Conselho Editorial  
Presidente da Academia Internacional de Direito e Economia

*Neste centenário, em que Roberto, por sua pátria é reverenciado, tudo se torna presente, mesmo o tempo que é passado*

Minha admiração pelos méritos de Roberto Campos vem de muito tempo. Tive o privilégio de conhecê-lo pessoalmente em situação inesperada. Foi quando a Universidade Estácio de Sá resolveu mercantilizar, em larga escala, vídeo aulas sobre assuntos atuais, protagonizado por Roberto Campos, então chanceler da referida Universidade.

Surpreendi-me quando dele recebi o convite, juntamente com Donald Stuart, fundador do Instituto Liberal, para compor o trio de palestrantes.

Aproximamo-nos, pessoal e intelectualmente, no período pré, durante e pós os trabalhos constituintes de 1988.

Para atender o propósito do tema, julgo importante mencionar frases extraídas de algumas de suas obras que retratam, embora sucintamente, sua visão sobre a Constituição de 1988:

“O problema brasileiro nunca foi fabricar constituições; sempre foi cumpri-las. Já demonstramos à sociedade, ao longo de nossa história, suficiente talento jurista – pois que produzimos sete constituições, três outorgadas e quatro votadas – e suficiente disciplina para descumpri-las rigorosamente todas!”

“A Constituição brasileira de 1988, triste imitação da Constituição portuguesa de 1976, oriunda da Revolução dos Cravos, levou ao paroxismo e mania das Constituições dirigentes ou intervencionistas. Esse tipo de Constituição, que se popularizou na Europa após a Carta Alemã de Weimar de 1919, representou, para usar a feliz expressão do professor Paulo Mercadante, um avanço do retrocesso”.

“Nossa Constituição é uma mistura de dicionário de utopias e regulamentação minuciosa de efêmero; é, ao mesmo tempo, um hino à preguiça e uma coleção de anedotas; é saudavelmente libertaria no político, cruelmente liberticida no econômico, comoventemente utópica no social; é um camelo desenhado por um grupo de constituintes que sonhavam parir uma gazela...”

“No texto constitucional, muito do que é novo não é factível; e muito do que é factível não é novo”.

“Da ordem social – exibem-se duas características fundamentais do socialismo: despotismo e utopia”.

“Exemplos de despotismos são os dispositivos relativos à educação e à previdência social. Quanto à educação, diz-se que ela é dever do Estado, com a colaboração da sociedade. É o contrário. Ela é dever da família, com a colaboração do Estado”.

“Outro exemplo de despotismo é a previdência estatal compulsória. Todos devem ser obrigados a filiar-se a algum sistema previdenciário, para não se tornarem intencionalmente gigolôs do Estado”.

“Na ordem econômica, nem é bom falar. Discrimina contra investimentos estrangeiros, marginalizando o Brasil na atração de capitais. Na Constituição de 1988, a lógica econômica entrou em férias”.

“A cultura antiempresarial subestima a importância fundamental do empresário na criação de riquezas. Para os constituintes, o trabalhador é um mártir; o empresário um ser anti-social, que tem de ser humanizado por imposição dos legisladores; o investidor estrangeiro, um inimigo disfarçado. Nada mais apropriado para distribuir a pobreza e desestimular a

criação de riqueza. A Constituição promete solução indolor para a pobreza”.

“É difícil exagerar os malefícios desse misto de regulamentação trabalhista e dicionário de utopias em que se transformou nossa Carta Magna. Na Constituição, promete-nos uma seguridade social sueca com recursos moçambicanos. Esse país ideal é aquele onde é mais fácil divorciar-se de uma mulher do que despedir um empregado”.

“No plano político, há o hibriso entre presidencialismo e parlamentarismo. No plano congressual, levou a um anárquico multipartidarismo”.

“Aos dois clássicos sistemas de governo – o presidencialista e o parlamentarista – o Brasil acaba, com originalidade, de acrescentar mais um – o promiscuísta”.

“A Constituição dos miseráveis, como diz o Dr. Ulysses, é uma favela jurídica onde os três poderes viverão em desconfortável promiscuidade”.

“Os estudiosos do Direito Constitucional aqui e alhures não buscarão no novo texto lições sobre a arquitetura institucional, sistema de governo ou balanço de poderes. Em compensação, encontrarão abundante material anedótico”.

“Aliás, a preocupação dos Constituintes não foi facilitar a criação de novos empregos e sim garantir mais direitos para os já empregados”.

“O modelo monopolista sindical que temos é fascista. Conseguimos combinar resíduos de corporativismo fascista com o mercantilismo colonial, e acabamos reduzidos à condição de súditos, não de cidadãos”.

“A palavra produtividade só aparece uma vez no



Banco de Imagem JC

texto constitucional; as palavras usuário e eficiência figuram duas vezes; fala-se em garantias, 44 vezes, em direito, 76 vezes, enquanto a palavra deveres é mencionada apenas quatro vezes”.

“Segundo a Constituição, os impostos são certos, mas há dúvidas quanto à morte, pois o texto garante aos idosos o direito à vida”.

“Diz-se também que a saúde é direito de todos. Os idosos, como eu, sabem que se trata de um capricho do Criador...”

“Que constituição no mundo tabela juros, oficializa o calote, garante imortalidade aos idosos, nacionaliza a doença e dá ao jovem de dezesseis anos, ao mesmo tempo, o direito de votar e de ficar impune nos crimes eleitorais? Nosso título de originalidade será criarmos uma nova teoria constitucional: a do progressismo arcaico”.

“Essas rápidas pinceladas talvez nos deixem realmente convencidos de que o país tem pendente uma questão de urgência urgentíssima: reformar a Constituição e retirar o país do claustro, a fim de que os brasileiros respirem os ares do novo mundo em gestação”.

Em conclusão, gostaria de enfatizar a minha plena identidade com o pensamento liberal de Roberto Campos pelos seus incontáveis méritos, de forma e conteúdo. Acrescento, todavia: “Nossa Constituição possui reconhecidamente vícios e virtudes. Mas, necessária ou não, progressista ou retrograda, boa ou má, bem-vinda ou não, estamos diante de um dado de fato inarredável, qualquer que seja a avaliação de seu conteúdo e a inclinação política do interprete”.

# Condomínio de fato

## Agoniza, mas não morre<sup>1</sup>

Marco Aurélio Bezerra de Melo | Desembargador do TJRJ

O *condomínio de fato* é uma realidade social na qual há uma união de moradores com objetivos afins e que buscam privatizar de modo relativo áreas públicas com o objetivo de suprir deficiências na prestação de serviço público nas áreas da segurança, lazer e limpeza, dentre outras. Para atingir tal desiderato, os interessados se cotizam a fim de que tais necessidades sejam supridas mediante a contribuição de associados. Não se trata de *condomínio de direito* pelo motivo óbvio de que a área comum não é de titularidade dos condôminos, mas sim um bem público de uso comum do povo.

Sob o ponto de vista da dogmática clássica tal figura teria muita dificuldade de obter reconhecimento judicial. Podemos apontar o óbice da inexistência de posse sobre bem público de uso comum do povo, na inviabilidade de se obstar o direito de ir e vir de qualquer cidadão nos espaços públicos do condomínio de fato, a característica da taxatividade que é tão marcante no âmbito dos direitos reais, sem falar na dificuldade de se impor a contribuição, uma vez que somente a lei pode instituir tributos e

taxas e, como cediço, a Constituição assegura ao cidadão o direito de não se associar nem permanecer associado (art. 5º, XX).

Contudo, o fato é que há várias décadas essa realidade se tornou frequente, notadamente, nos grandes centros urbanos. A tal ponto que mesmo o operador do direito mais atento tem dificuldades fáticas em identificar diante do caso concreto se a situação apresentada como condomínio de casas é um loteamento antigo ou mesmo uma rua sem saída ou se é um condomínio de direito.

Enquanto ainda existia grande controvérsia doutrinária sobre o tema, mas a jurisprudência<sup>2</sup> pendia para a admissão do condomínio de fato fundada, principalmente, na vedação ao enriquecimento sem causa daqueles que não contribuem, mas tem o seu patrimônio valorizado, o Órgão Especial do TJRJ em 2005 aprovou com o significativo quórum de 17 votos a 1 o verbete nº 79<sup>3</sup> com os seguintes dizeres: “Em respeito ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, as associações de moradores podem exigir dos não associados, em igualdade de condições com os associados, que concorram para o custeio dos servi-



ços por elas efetivamente prestados e que sejam do interesse comum dos moradores da localidade.”

A despeito de continuarmos concordando com o conteúdo do aludido verbete, desde que esteja efetivamente provada a prestação de serviços de natureza indivisível como segurança, limpeza e lazer em razão da vedação ao enriquecimento sem causa e, na maioria das vezes, na própria vedação ao procedimento contraditório (*venire contra factum proprium*),<sup>4</sup> o fato é que a partir de decisões dos tribunais superiores, a jurisprudência predominante nos tribunais estaduais tem sido no sentido de que é incabível a cobrança em razão da liberdade de associação prevista no artigo 5º, XX, da Constituição Federal.

Em 20/9/2011, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 432106/RJ,<sup>5</sup> tendo como relator o Ministro Marco Aurélio de Mello, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, considerou indevida a cobrança por ofensa ao princípio da legalidade e da liberdade de associação (*Informativo* nº 641/STF).

Essa decisão da excelsa Corte parece ter pacificado também a orientação do Superior Tribunal de

Justiça que no julgamento dos Embargos de Divergência nº 444.931/SP,<sup>6</sup> também já acenara no sentido da impossibilidade de se exigir pagamento de cotas de manutenção no chamado *condomínio de fato*. Contudo, a polêmica àquela época ainda era muito grande nessa Corte, tendo votado vencido os Ministros Carlos Alberto Direito e Fernando Gonçalves, cujo trecho de seu voto esclarece bem o cerne da controvérsia: “O proprietário de unidade em loteamento está obrigado a concorrer no rateio das despesas de melhoramentos que beneficiam a todos, ainda que não faça parte da associação, dado que, além de usufruir das benfeitorias comuns e dos serviços prestados e custeados pelos vizinhos, tem valorizado o seu patrimônio”.

Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a vedação à obrigatoriedade do pagamento da cota no condomínio de fato já se encontra pacificada. Isso porque acabou sendo definida, por maioria, vencidos os Ministros Moura Ribeiro e Ricardo Villas Bôas Cueva, pela técnica do julgamento de recursos repetitivos, no qual restou fixada a seguinte tese: “As taxas de manutenção criadas por associações de mo-

radores não obrigam os não associados ou que a elas não anuíram”. (REsp 1.280871/SP, Segunda Seção, Rel. Min. Marco Buzzi, julg. em 11/03/2015).

Agora, resta saber se na dinâmica da vida real, os condomínios de fato deixaram de existir por força da encimada determinação judicial. A resposta é negativa. Não chegou a nosso conhecimento a extinção de nenhum condomínio de fato após a fixação da aludida tese pelo colendo Superior Tribunal de Justiça. O que houve foi um lamentável fomento da inadimplência, levando a que os associados adimplentes paguem mais do que devem.

Entretanto, com a inclusão do artigo 36-A (lei 13.465/17) da lei 6.766/79 que cuida dos loteamentos urbanos restou positivado expressamente o *condomínio de fato*, prescrevendo a referida norma ser possível juridicamente a existência de associações de proprietários de imóveis em loteamentos ou assemelhados com o propósito de administração, conservação, manutenção e disciplina da utilização e convivência dos moradores. No parágrafo único do citado artigo é afirmado com muita clareza que a administração dos imóveis nos moldes associativos sujeita os titulares de seus atos constitutivos, cotizando-se na forma desses atos para suportar a consecução dos seus objetivos. Na mesma senda, a lei 13.465/17 incluiu o § 8º no artigo 2º da lei 6766/79 o que denominou de *loteamento de acesso controlado*, sendo aquele em que o acesso será “regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados.”

Com efeito, os atuais artigos 2º, § 8º e 36-A, da lei

6766/79 com a redação dada pela lei 13.465, de 11 de julho de 2017 parecem não deixar dúvidas acerca do retorno ao ordenamento jurídico do condomínio de fato com todas as suas implicações jurídicas, atingindo aqueles que participaram de sua formação, assim como outros adquirentes que adquiriram a sua unidade depois da instituição do condomínio de fato.

O Supremo Tribunal Federal irá reconhecer a inconstitucionalidade do novel regramento? Creemos que não, pois não se está afirmando que a pessoa é obrigada a associar-se, mas sim que o interesse da coletividade no tocante à funcionalização da propriedade deve prevalecer e que não é lícito o enriquecimento sem causa (art. 884, CC) que se dará com o gozo das benesses *condominais* sem a devida contraprestação. Eventuais abusos na cobrança como, por exemplo, inexistência de contraprestação, não de ser identificadas pelos tribunais estaduais a quem compete aferir no mundo dos fatos a seriedade ou não dos condomínios de fato.

É por isso que aproveitamos para lembrar o notável artista Nelson Sargento que falava do samba algo que hoje se aplica também ao condomínio de fato, pois este também “agoniza, mas não morre.”. No caso do samba é fundamental que assim seja pelo seu valor artístico e cultural ao passo que com relação ao condomínio de fato o ideal é que um dia inexistente tal figura pela assunção efetiva por parte do Poder Público de suas atribuições constitucionais, as quais a sociedade faz jus em contrapartida à intensa tributação que sofre.

Concluindo, entendemos, com a devida vênia das opiniões em contrário, não ser conveniente nem oportuno negar, por ora, a juridicidade do *condomínio de fato*. 

## Notas

<sup>1</sup> Corria o ano de 1979, Nelson Sargento compôs o que seria um dos maiores clássicos da música popular brasileira: *samba agoniza, mas não morre*. O artista trazia a lume as modificações pelas quais vinha passando o samba, mas vaticinava o que vemos quase quarenta anos depois com a revitalização desse ritmo extraordinário.

<sup>2</sup> Recurso especial. Condomínio atípico. Associação de moradores. Cobrança de despesas comuns. Possibilidade. Precedentes. O proprietário de lote integrante de gleba urbanizada, cujos moradores constituíram associação para prestação de serviços comuns, deve contribuir com o valor que corresponde ao rateio das despesas daí decorrentes, pois não é adequado continue usufruindo dos benefícios sociais sem a devida contraprestação. Precedentes. Recurso conhecido e provido. (STJ, Terceira Turma, Resp nº 538.833/RJ, Rel. Min. Castro Filho, julg. em 28/10/2005).

<sup>3</sup> O verbete viria a ser cancelado pelo mesmo órgão jurisdicional em razão da mudança de orientação nos tribunais superiores em 24/3/2017.

<sup>4</sup> TJSP, 7ª Câmara de Direito Privado, Apelação 9129988-09.2009.8.26.0000, Rel. Des. Ramon Mateo Júnior, julg. em 11/12/2013.

<sup>5</sup> RE 432.106/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio, julg. em 20/9/2011: “Associação de moradores – Mensalidade – Ausência de adesão. Por não se confundir a associação de moradores com o condomínio disciplinado pela Lei no 4.591/64, descabe, a pretexto de evitar vantagem sem causa, impor mensalidade a morador ou a proprietário de imóvel que a ela não tenha aderido. Considerações sobre o princípio da legalidade e da autonomia da manifestação de vontade – artigo 5º, incisos II e XX, da Constituição Federal”.

<sup>6</sup> Embargos de divergência em Recurso Especial no 444.931/SP (2005/0084165-3), Relator: Ministro Fernando Gonçalves, RP/Acórdão: Ministro Humberto Gomes de Barros: “Embargos de Divergência. Recurso Especial. Associação de moradores. Taxas de manutenção do loteamento. Imposição a quem não é associado. Impossibilidade. As taxas de manutenção criadas por associação de moradores, não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo”.



**EDUARDO BIONDI**  
A D V O G A D O S



*“Estruturamos soluções  
estratégicas, inovadoras  
e sustentáveis no mercado  
imobiliário.”*

Antonio Ricardo Corrêa  
Eduardo Biondi  
Sócios Fundadores

-  Av. Rio Branco, nº 131, 13º andar - Centro  
CEP 20040-006 . Rio de Janeiro . RJ . Brasil
-  55 (21) 2262-7879 . 3178-1082
-  contato@ebiondiadvogados.com.br
-  www.ebiondiadvogados.com.br

# Controle jurisdicional dos atos da administração militar

Alcides Martins Ribeiro Filho | Desembargador Federal do TRF - 2ª Região

“Si vis pacem, para bellum” (Se quer a paz, prepara-se para a guerra)

**A** *bitio*, deve ser consignado que o regime jurídico das Forças Armadas em tempo de guerra é diverso daquele que foi concebido para o seu regular funcionamento em tempo de paz.

Do mesmo modo, existem atos administrativos que são típicos da vida militar, ou seja, marcados pelos pilares da hierarquia e da disciplina, enquanto que outros são praticados nas rotinas das repartições militares, mas que não diferem ontologicamente dos que são praticados no meio civil.

Aliás, o próprio direito civil foi concebido em contraposição ao direito eclesiástico. O civil e o militar não são conceitos antagônicos. Tanto é verdade que a Constituição, que é uma Carta Política Civil, também disciplina as questões militares, mas nada, ou quase nada, disciplina especificamente sobre a vida eclesiástica.

Basta que se observe que a vida do militar sob o ponto de vista do direito de propriedade, do direito de família, das relações contratuais, enfim, da sua relação com sociedade civil em geral, sofre o regramento das leis civis.

Contudo, as Forças Armadas são instituições nacionais e permanentes, com regramento constitucional específico, cujos pilares fundamentais são a hierarquia e a disciplina.

De outro lado, os julgamentos do Poder Judiciário emanam da soberania política e é imanente e estrutural do Estado, devendo ser regido por princípios rígidos como: **INVESTIDURA** (ver requisitos para ingresso na magistratura), **INDEPENDÊNCIA** (exercida por um Poder do Estado), **IMPARCIALIDADE** (sem os chamados vícios de capacidade subjetiva do juiz) e **COMPETÊNCIA** (segundo as regras

constitucionais e legais de cada área de atuação), sendo tais princípios assegurados pelas denominadas garantias da magistratura (independência funcional, vitaliciedade e irredutibilidade de vencimentos), além de outras prerrogativas constitucionais e legais.

O grande desafio do nosso estudo consiste justamente em compatibilizar duas instituições nacionais fundamentais para a própria existência do Estado, cujos princípios de funcionamento nem sempre são coincidentes: OBEDIÊNCIA (FFAA) x INDEPENDÊNCIA (PODER JUDICIÁRIO).

## A necessidade do controle

O controle dos atos da administração militar decorre da própria natureza das funções políticas do Poder Judiciário em relação aos atos administrativos do Executivo.

A noção de controle jurisdicional dos atos da administração militar remonta à concepção de Estado baseado na tripartição dos poderes idealizada por Montesquieu, cuja teoria inspirou o artigo 2º da Constituição Federal, o qual estabelece o seguinte: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

O grande desafio que se coloca no mundo ocidental moderno é justamente, em termos de controle dos atos da administração pública, militar ou não, o modo pelo qual o controle jurisdicional é exercitado, evitando-se a criação de vários ramos dentro do próprio Poder Judiciário, bem como a importância do tema sobre a prática dos atos discricionários.

Ninguém questiona a validade do sistema de controles em uma democracia, sejam eles internos ou



externos, mas sim a sua legitimidade em termos de fundamentos constitucionais e legais.

Vale ressaltar que, no Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia, ministrado no âmbito da Escola Superior de Guerra, os enfoques recaem sobre as denominadas “Expressões do Poder Nacional”, no qual essas questões são analisadas, não só sob o aspecto político, como também sob a ótica das próprias estruturas de poder em sentido mais amplo, sendo então considerados: 1) Poder Político; 2) Poder Militar; 3) Poder Econômico; 4) Poder da Ciência e da Tecnologia e; 5) Poder da Informação.

## As bases jurídicas do sistema de controle

Independentemente da visão que se empresta ao complexo fenômeno do Poder como objeto de estudo científico, no Brasil temos que ter em mente o parágrafo único do artigo 1º do texto da CRFB, segundo o qual: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes, eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”.

Fazendo-se uma analogia com o uso da técnica processual, sempre que houver afinidade em um ponto comum de fato ou de direito, devem os processos merecer a devida reunião para evitar desperdício de esforços, decisões contraditórias e privilegiar a racionalidade do próprio funcionamento do Judiciário.

## Os sistemas de controle

Com efeito, até o ano de 1946, vigorava a ideia de que deveria existir no Brasil a dicotomia ou a dualidade na estruturação da Justiça: Comum (aplicada aos

particulares em litígios de natureza privada) e a Justiça Administrativa (aplicada aos litígios de natureza pública envolvendo o Estado), exatamente como previsto atualmente em Portugal, ou seja, um sistema baseado no denominado Contencioso Administrativo, concebido a partir de uma espécie de justiça interna, que era praticada no âmbito das administrações do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, normalmente através das Comissões de Sindicância.

## A origem do contencioso militar

Observe-se, ainda, que a evolução histórica, tanto na fase do Império, quanto no início da fase republicana, que o Tribunal Militar foi presidido por Chefes de Estado: no Império, pelo Regente D. João e pelos Imperadores D. Pedro I e D. Pedro II e, na República, pelos presidentes Marechal Deodoro da Fonseca e Marechal Floriano Peixoto. A partir de 1893, por força de Decreto Legislativo, a presidência do recém-criado Supremo Tribunal Militar, denominação que substituiu o Imperial Conselho Supremo Militar e de Justiça, passou a ser exercida por membros da própria Corte, eleitos por seus pares.

## Evolução do modelo para a Judicialização “Jurisdição Única”

Esse modelo do Contencioso Administrativo foi definitivamente modificado justamente com o advento da Constituição de 1946, pela qual o Brasil passou adotar o denominado modelo da JURISDIÇÃO ÚNICA (unicidade do Poder Judiciário), embora tenha sido sob a égide da Constituição de 1934 que o Superior Tribunal Militar passou a integrar ins-

titucionalmente a estrutura do Poder Judiciário, tal como ocorreu em data mais recente na Espanha.

### **A Justiça Militar é um ramo do Poder Judiciário! Direito comparado**

O modelo de Jurisdição Única tem inspiração nos EUA (Judicial Review) conforme preconiza a Constituição deste país no artigo III, Seção 2 – “The judicial Power shall extend to all Cases, in Law ad Equity, arising under this Constitution.”

O mesmo valendo, como salientado, para a Espanha que, em sua atual Constituição, no artigo 117, item nº 5, estabelece: “El principio de unidade jurisdiccional es la base de la organizacion e funcionalmento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de La jurisdiccion militar em el ámbito estritamente castrense y em los supuestos de estado de sitio, de acuerdo com los principios de La Constitucion”.

Como dito alhures, a partir de 1946, inclusive o atual artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passou-se ao modelo de Jurisdição Única, também conhecido como o Princípio da Inafastabilidade do Poder Judiciário: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

No entanto, a Constituição de 1967, complementada pela Emenda nº 01 de 1969, estabeleceu o princípio do Prévio Exaurimento das Vias Administrativas para ingresso no Judiciário, no seu artigo 153, Parágrafo Quarto:

A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se recorra previamente às vias administrativas, desde que não exigida a garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.” É verdade também que o artigo 181, da CFRB 67/69 estabeleceu uma espécie de imunidade jurisdiccional em relação aos Atos Institucionais: “Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964, assim como: ....

Nesse contexto, a recente Constituição da República Portuguesa, ao manter a denominada Justiça Administrativa (Sistema da Dicotomia), tendo como órgão de cúpula o Supremo Tribunal Administrativo, afastando-se do modelo de Jurisdição Única, também por questões de ordem política, decidiu pela extinção dos tribunais militares em tempo de paz, senão vejamos:

Art. 213 (Tribunais Militares) Durante a vigência do estado de guerra serão constituídos tribunais

militares com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar.

A Constituição da Itália, por seu turno, no artigo 103, estabelece que o Conselho de Estado pode organizar a Justiça Administrativa para julgar os casos contra a Administração Pública. No entanto, consagra os tribunais militares em tempo de guerra. Em tempo de paz a Justiça Militar só julga os crimes militares praticados por integrantes das Forças Armadas.

No Brasil da Constituição de 1988, no artigo 124, restou disciplinada a competência da Justiça Militar da União nos seguintes termos: “ À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.”

A conclusão até aqui é firme: As Justiças Militares do mundo ocidental julgam crimes militares. Como se pode verificar, os países que adotam o modelo de Jurisdição Única contam com tribunais militares integrados em suas estruturas judiciárias, como é o caso do Brasil, da Espanha e dos EUA, enquanto que a Itália e Portugal optaram por um regime de restrição ou de extinção da própria Justiça Militar, sendo este o caso específico de Portugal.

Vale repisar que o Brasil no passado conviveu com o Contencioso Administrativo, passando a Justiça Militar ao arcabouço constitucional do Poder Judiciário a partir da Constituição de 1934, antecipando-se ao modelo de Jurisdição Única adotado na Carta de 1946.

Os denominados Tribunais de Contas (Órgão Auxiliar do Poder Legislativo), o Tribunal Marítimo Administrativo (Órgão Auxiliar do Poder Judiciário conforme ato de criação) e o Tribunal de Justiça Desportiva (Tribunal Administrativo) são estruturas que remontam ao próprio período do Contencioso Administrativo no Brasil, que ficaram de fora do Poder Judiciário e suas decisões estão sujeitas ao crivo deste Poder.

### **A organização judiciária militar**

A própria Justiça Militar manteve a sua concepção baseada no Contencioso Administrativo, sendo que o seu modelo de organização judiciária é constituído de Auditorias Militares, cujas áreas de competência são reconhecidas pela expressão “Circunscrições Judiciárias Militares”, nas quais funcionam os Conselhos de Julgamento, com a manutenção do Sistema do Escabinado Imperfeito, os quais são presididos por um juiz militar leigo, um togado como relator e mais 03 juízes leigos militares.

O modelo mais próximo do escabinado militar no Brasil é o Tribunal do Júri, no entanto, o julgamento neste tribunal é presidido por um juiz togado e os 07

jurados julgam de acordo com a íntima convicção os crimes dolosos contra a vida, tentados ou consumados, não sendo os juízes leigos (jurados) obrigados a julgar conforme o Direito (Livre Dicação), com limite apenas na prova dos autos, sendo considerados NULOS os julgamentos proferidos MANIFESTAMENTE CONTRÁRIOS À PROVA DOS AUTOS, não sendo este um bom exemplo a ser seguido pelos Tribunais Militares, considerando que a vida militar deve ser regida por julgamentos jurídicos, sem as paixões dos julgamentos populares.

### **Ampliação da competência da Justiça Militar**

Em recente alteração legislativa, tendo em vista o envolvimento maior das FFAA nas operações de garantia da lei e da ordem pública, a competência da Justiça Militar passou a abranger, em princípio, os crimes dolosos contra a vida, razão pela qual vislumbra-se o questionamento de que o órgão julgador colegiado, no caso, uma auditoria militar, seja presidido por um juiz leigo envolvendo causas com vítimas e acusados civis, talvez sem a preocupação com a atual estrutura da Justiça Militar e sua compatibilidade com o aumento de demanda, tanto em termos quantitativos, quando em termos subjetivos (acusados civis).

No caso de crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares em operações militares amparadas por lei, serão de competência da JM (Lei 13.491 de 2017), conforme alteração do parágrafo único do art. 9º do CPM.

Por outro lado, a Constituição de 1988 conferiu também à Justiça Federal a competência para julgamento dos crimes contra a segurança nacional, os quais anteriormente eram julgados pela Justiça Militar.

Muito se discute hoje sobre a conveniência de se transferir para a Justiça Castrense o julgamento das questões cíveis de natureza militar, como é o caso das pensões militares, ilícitos civis, acidentes sem vítimas com viaturas militares, licitações em geral, ações de improbidade administrativa, mandados de segurança, infrações disciplinares, licenciamentos do Serviço Ativo por invalidez ou por tempo de serviço, enfim, uma série de matérias que impactam a vida castrense que não constituem crimes militares.

No entanto, o primeiro óbice que surge nessa questão decorre do fato de que os Juízes auditores são juízes com investidura constitucional exclusivamente criminal e, portanto, os mesmos não têm atuação na área cível, ou seja, não possuem competência para tais julgamentos.

A investidura exclusivamente criminal militar dos auditores impede o aproveitamento dos mesmos na seara cível. Trata-se de matéria constitucional relativa ao exercício estrito de uma competência que emana da

soberania política do Estado. Penso não ser de boa técnica jurídica realizar adaptações nessa área sensível da cidadania. O exercício da jurisdição pressupõe investidura que repercuta na resolução de conflitos que envolvem a liberdade, a vida e o patrimônio das pessoas. É preciso que exista afinidade de competências entre a investidura e o exercício da jurisdição.

Com isso, os juízes federais assumiram a competência para julgamento dos crimes contra a segurança nacional, os quais eram da alçada da Justiça Militar, não sendo o caso, por exemplo, de um juiz do trabalho exercer a competência criminal militar.

Sabe-se que já houve forte reação por parte do STF quanto ao julgamento de civis no âmbito da Justiça Militar, tendo em vista a natureza castrense dos julgamentos desta, tendo sido apresentada até mesmo uma proposta pelo STM no sentido de que os civis devessem ser julgados monocraticamente pelo juiz auditor quando do cometimento de crime militar. A proposta foi bem aceita pelo STF.

Na verdade, embora a Justiça Federal não faça parte da Justiça Militar, o certo é que o processo e julgamento de inúmeras questões da vida castrense, como observado, estão sujeitos ao julgamento pela Justiça Federal Comum, existindo uma inegável afinidade orgânico-institucional entre esses ramos do Poder Judiciário.

Com efeito, a prevalecer a tese da fixação da competência cível da Justiça Militar, estaríamos provavelmente diante de exemplo único no mundo em que a Justiça Militar julgaria questões de natureza cível, ainda mais porque os casos seriam resolvidos por órgãos escabinados, constituídos por juízes leigos, portanto, um julgamento pelo sistema da íntima convicção, não de Direito que segue o princípio da Livre Dicação (liberdade segundo os princípios e normas jurídicas), sendo importante ressaltar nesse ponto que o ideal seria que a presidência do escabinado militar fosse exercida por um Juiz Federal, cuja competência decorre da Constituição para julgar crimes envolvendo vítimas civis.

A presença de um Juiz Federal no âmbito da Justiça Militar, portanto, seria um importante passo para se consolidar o julgamento de questões da vida castrense, eis que, desde a implantação da Justiça Militar no Brasil, houve uma clara migração do sistema do Contencioso Administrativo para o sistema de Jurisdição Única, sendo este refluxo indesejável sob o ponto de vista evolutivo.

Diz-se que todo país que conviveu com o Contencioso Administrativo em sua história, como é o caso do Brasil, de vez em quando, deve voltar para o divã, até mesmo pelo sentimento saudosista que é inerente ao ser humano.

## A Justiça Militar e o Conselho Nacional de Justiça

De outro prisma, o número reduzido de juízes auditores, a ausência da Justiça Federal no âmbito da Justiça Militar para as causas cíveis e militares, talvez tenha contribuído na decisão de não se contemplar um representante da Justiça Militar no CNJ, situação que não se pode deixar de considerar como anômala, a despeito deficitário grau de representatividade da Justiça Militar naquele Órgão de Controle do Judiciário, mesmo se o membro da Justiça Militar fosse escolhido dentre os auditores e ministros civis, já que o julgamento de juízes leigos militares por uma atividade inerente à vida militar em um tribunal civil não me parece adequada, tendo em vista que a característica do CNJ é a de processar e julgar questões inerentes à Justiça Comum, cível e criminal, como um todo, sem o caráter militar que influencia o julgamento castrense.

## Os ministros da Justiça Militar

Uma questão que merece destaque: nos termos dos arts. 122 e seguintes da Constituição, o STM é constituído por 15 ministros, dos quais 05 são togados, civis, mas a proporção do denominado QUINTO CONSTITUCIONAL não é observada ao excluir-se da contagem os membros do Ministério Público Militar dessa seara, tal como previsto para todos os demais segmentos do Poder Judiciário.

Talvez, o termo “escolha paritária” estabelecido no inciso II, do dispositivo constitucional acima mencionado, idealizado em plena época da representação classista, devesse merecer o necessário reposicionamento para as vagas de advogados e membros do Ministério Público Militar, eis que a paridade deve existir entre advogados e procuradores e não entre juízes e procuradores.

A Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992 (Lei de Organização Judiciária Militar) disciplina, a nível infraconstitucional, a questão das duas vagas (uma para o Juiz Auditor e outra para o Ministério Público Militar).

O sistema brasileiro do QUINTO CONSTITUCIONAL é composto por advogados e membros do Ministério Público; portanto, as 03 vagas atualmente destinadas exclusivamente aos advogados, na verdade, poderiam merecer redistribuição, incluindo-se nessa cota os membros do MPM, em sistema de rodízio com os advogados, modelo que também se observa no Superior Tribunal de Justiça (art. 104, inciso II, da CF/88 – “UM TERÇO, EM PARTES IGUAIS, DENTRE ADVOGADOS E MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, ..., alternadamente...”) e no Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, inciso I: “um quinto dentre advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público do Trabalho, com mais

de dez anos de efetivo exercício, observado o disposto no artigo 94.”

Tal sistemática constitucional proporcionaria ao MPM uma participação maior no Colegiado Castrense Superior, o mesmo podendo-se afirmar com relação ao Juízes Auditores, eis que estes também seriam contemplados com mais uma vaga, pois as duas vagas atualmente destinadas ao juiz auditor e ao membro do MPM deveriam ser destinadas exclusivamente aos juízes auditores ou, quem sabe, compartilhada pelo juiz auditor com um juiz federal.

## A composição dos Conselhos de Justiça Militar

Os Conselhos de Julgamento em 1ª Instância, por sua vez, poderiam ser integrados por um juiz presidente e um juiz relator e 03 Juízes Leigos Militares, com o mesmo poder de voto dos togados, situação que transformaria a primeira instância da JMF em um escabinado quase perfeito.

Deve ser observado que essa proporção de 01 juiz togado para 04 juízes leigos militares não se estende ao STM, sendo que este é constituído por 05 civis togados que, pelo sistema de rodízio entre todos os seus membros, proporciona a presidência daquele órgão superior de justiça também a um ministro civil, sem qualquer prejuízo para a formatação castrense do julgamento, ou seja, no STM a proporção é de 1/3 de civis, enquanto que na 1ª Instância a proporção é de 1/5, sem o exercício da presidência, embora existam estudos no sentido de que a presidência dos Conselhos deva ser atribuída ao juiz auditor, portanto, devendo tal questão merecer aprofundamento.

Entende-se, portanto, que o futuro da Justiça Militar, conforme vem ocorrendo no mundo ocidental, seria o aumento paulatino de sua “judicialização” ou “judicialização” com o correspondente afastamento do modelo do Contencioso Administrativo, dicotômico ou dualístico, o que levou ao enfraquecimento da Justiça Militar, este importante seguimento do Poder Judiciário, o que pode ser alcançado com o maior entrelaçamento da Justiça Militar com a Justiça Federal.

Em relação ao papel da Justiça Federal para o aperfeiçoamento das instituições militares, entende-se que essa questão tornou-se uma realidade, portanto, o futuro da Justiça Militar e do aperfeiçoamento do Controle Jurisdicional dos Atos da Administração Militar converge para uma participação maior da Justiça Federal no processo e julgamento dos crimes militares.

## Os atos discricionários da Administração Militar

A questão da discricionariedade dos atos administrativos, inclusive os que são emanados da Administração Militar, vem evoluindo no sentido de que os mesmos devem ser cada vez mais jurisdiciza-

dos, ou seja, cada vez mais apreciados à luz do Direito Constitucional, sendo a CONVENIÊNCIA (termo que pode ser questionado até mesmo por ensejar um conceito jurídico indeterminado) e a OPORTUNIDADE (não podendo ser confundido com o oportunismo), institutos que carecem de evolução científica e jurídica.

Portanto, o ato discricionário sofre os balizamentos estabelecidos pelos direitos e garantias fundamentais, inclusive no que se refere aos motivos (conveniência e oportunidade) sendo o controle valorizado pela força normativa dos princípios constitucionais, tais como a moralidade, a proporcionalidade, a impessoalidade e a razoabilidade.

A alegação de que o conhecimento do mérito da decisão administrativa discricionária pelo Judiciário viola o princípio da separação dos poderes não prospera. O mérito do ato administrativo pode ser retratado como um juízo de conveniência e oportunidade efetuado pelo agente público a quem se conferiu poder discricionário, mas no estrito atendimento do interesse público. Não obstante a intervenção judicial em atos administrativos deve ser restrita, é cabível ao Poder Judiciário interferir em atos de qualquer natureza, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição positivado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

O controle jurisdicional do ato administrativo, seja ele vinculado ou discricionário, ultrapassa o exame dos aspectos extrínsecos, adentrando na decisão administrativa para a análise da observância dos crité-

rios de impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade e eficiência.

Assim, em uma visão contemporânea do Direito Administrativo, é possível em análise casuística, através da hermenêutica sistemática dos princípios que regem à Administração Pública, a análise jurisdicional do mérito administrativo, de modo a assegurar que o poder público não seja exercido de forma arbitrária e a margem da Constituição.

A Teoria dos Motivos Determinantes que muito colaborou para o aperfeiçoamento do controle dos atos administrativos, atualmente encontra-se no caminho da jurisdicização (tornar ato administrativo discricionário cada vez mais jurídico), existindo correntes, ainda minoritárias na Europa, no sentido de que os atos discricionários deveriam ser erradicados do Direito Administrativo moderno.

Em conclusão, o escopo do presente consiste justamente no fortalecimento da Justiça Militar, sempre no intuito de aprimorar este importante ramo do Poder Judiciário, cujos serviços prestados ao Brasil são inestimáveis.

“Numa época de ignorância, não existem dúvidas, mesmo quando se fazem os maiores males; numa época de luzes, treme-se ainda quando se fazem os maiores bens. Sentem-se os antigos abusos, vê-se a sua correção, mas vêm-se também os abusos da própria correção. Deixa-se o mal, quando se teme o pior; deixa-se o bom, quando se está em dúvida sobre o melhor. Só se olham as partes para julgar o todo em conjunto.” (Charles Louis de Secondat - Barão de Montesquieu – O Príncipe).



# A competência para julgamento da reclamação nos Juizados Especiais Cíveis

Alexandre Chini | Juiz de Direito do TJRJ

Felipe Borring Rocha | Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro

Este trabalho busca fazer uma análise sobre a controvérsia jurídica existente acerca da competência para o julgamento das reclamações por violação jurisprudencial (art. 988, II, III e IV, do Código de Processo Civil Brasileiro) impetradas em face de decisão proferida pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis (Lei nº 9.099/1995), decorrente da antinomia existente entre a determinação expressa na Resolução nº 03/2016 do Superior Tribunal de Justiça e as regras constitucionais e legais. O objetivo do estudo é tentar construir uma reflexão sobre a questão e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça dentro do Sistema dos Juizados Especiais.

## 1- Introdução

Dentre os meios típicos de impugnação das decisões judiciais, a reclamação sempre foi tratada no Brasil como um remédio “menor”, sem uma natureza jurídica muito clara ou um regulamento geral e sistemático. Esse quadro, no entanto, começou a mudar com a promulgação da Constituição Federal de 1988 – CF, que previu que a reclamação seria o instrumento adequado para a preservação da competência e da autoridade das decisões do

Supremo Tribunal Federal – STF (art. 102, I, l) e do Superior Tribunal de Justiça – STJ (art. 105, I, f). Posteriormente, este mesmo mecanismo foi estendido para o controle da aplicação das súmulas vinculantes (art. 103-A, § 3º, introduzido pela EC nº 45/2008) e para a observância da competência e da autoridade das decisões do Tribunal Superior do Trabalho (art. 111-A, § 3º, introduzido pela EC nº 92/2016).

Desse modo, a importância da reclamação no sistema de controle dos atos judiciais foi se avolumando, assim como sua participação nas pautas dos tribunais superiores. Apenas para exemplificar, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, em 2008, dentre os 283.291 procedimentos em curso no STJ, apenas 128 eram reclamações. Em 2015, dos 373.534 procedimentos presentes em seu acervo ativo, o número de reclamações no STJ havia pulado para 6.352. Não por outro motivo, o Novo Código de Processo Civil – CPC dedicou um capítulo inteiro ao tema (Capítulo IX do Título I do Livro III da Parte Especial – arts. 988 a 993), visando não apenas unificar o instituto, mas também promovendo a sua sistematização, realçando o seu papel de garantidor da competência e da autoridade das decisões dos tribunais.

Dentre as regras presentes no CPC, merece destaque



Alexandre Chini, Juiz de Direito

aquela que estabelece que a competência para julgamento da reclamação é do “órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir” (art. 988, § 1º). Apesar disso, logo após a entrada em vigor do Novo Código, no dia 7 de abril de 2016, o STJ editou a Resolução nº 3, que determinou que caberia às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do STJ (art. 1º).

O objetivo deste texto, portanto, é analisar a questão da competência para julgamento das reclamações por violação da jurisprudência do STJ interpostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais Cíveis e indicar qual seria o melhor caminho a ser seguido, com vistas à promoção do acesso à justiça e à luz das diretrizes presentes na CF, no CPC e no Sistema dos Juizados Especiais.

## 2 - Algumas considerações iniciais

Apesar do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 12.153/2009, que trata do Juizado Fazendário, colocar a questão de maneira restritiva, a moderna doutrina aponta que o Sistema dos Juizados Especiais

“Nesse ponto, necessário sublinhar que a Lei nº 9.099/1995 não definiu qualquer mecanismo de revisão das decisões das Turmas Recursais, nem de Uniformização de Jurisprudência ou adequação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.”

seria formado pela visão integrativa não apenas da Lei nº 9.099/1995 (Juizados Estaduais) e da Lei nº 12.153/2009, mas também da Lei nº 10.259/2001 (Juizados Federais). Esse Sistema seria pautado por um diálogo constante entre os três Diplomas, que formaria um estatuto comum. Não obstante, o entendimento predominante tem sido no sentido de que cada um dos modelos integrantes do Sistema dos Juizados deve se submeter às regras específicas dos procedimentos previstos nas suas respectivas legislações, sobretudo no que toca à forma de uniformização da jurisprudência das Turmas Recursais, tanto internamente, como em relação à jurisprudência dos tribunais superiores.

Nesse ponto, necessário sublinhar que a Lei nº 9.099/1995 não definiu qualquer mecanismo de revisão das decisões das Turmas Recursais, nem de Uniformização de Jurisprudência ou adequação à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Exatamente por isso, Fábio Lima Quintas e Luciano Corrêa Gomes anotaram que:

É certo que a Lei nº 9.099/1995 não estabelece mecanismo de controle externo das decisões dos Juizados Especiais. (...). Essa posição não foi repetida na lei que instituiu os Juizados Especiais Federais (Lei nº 10.259/2001). Com efeito, talvez por conta da experiência adquirida

com o tempo, talvez por envolver interesses do Estado, essa lei previu mecanismos de controle das decisões proferidas pelos Juizados Especiais Federais. No âmbito federal, a Lei nº 10.259/2001 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão proferida pela turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização (art. 14). Semelhante sistemática foi também instituída no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, por intermédio da Lei nº 12.153/2009, que previu mecanismos para uniformização de jurisprudência e previu a possibilidade de acesso ao STJ quando as decisões proferidas por Turmas de diferentes Estados contrariarem súmula do STJ ou derem à lei interpretações divergentes.

Por certo, a falta dos mecanismos de uniformização presentes nos Juizados Federais e Fazendários dificulta sobremaneira o controle das divergências existentes entre as Turmas Recursais dos Estados, bem como a observância da jurisprudência e das súmulas do Superior Tribunal de Justiça, criando uma “lacuna no sistema recursal brasileiro”.

### 3 - A resolução nº 12/2009 do STJ

Na sessão do dia 26/08/2009, o Pleno do STF, conduzido pela Min. Ellen Gracie, no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572/BA, proferiu uma decisão que reconheceu a perplexidade causada pelo fato de o STJ não exercer controle sobre a interpretação da lei federal no âmbito dos Juizados Especiais (Súmula 203 do STJ), especialmente após a edição da Lei nº 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Federais, prevendo o pedido de Uniformização da Jurisprudência para aquela Corte (art. 14). Assim, o Pleno do STF determinou que, enquanto não fosse criada a Turma de Uniformização para os Juizados Especiais Estaduais (medida perseguida, dentre outros, pelo Projeto de Lei da Câmara no 16/2007), o STJ teria competência para julgar as reclamações propostas em face das decisões proferidas pelas Turmas Recursais dos Juizados Especiais Cíveis, quando elas violassem a jurisprudência consolidada sobre a interpretação da lei federal existente naquela corte. Veja-se a ementa dessa decisão:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO ÀS CONTROVÉRSIAS SUBMETIDAS AOS JUIZADOS ESPECIAIS ESTADUAIS. RECLAMAÇÃO PARA O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CABIMENTO EXCEPCIONAL ENQUANTO NÃO CRIADO, POR

LEI FEDERAL, O ÓRGÃO UNIFORMIZADOR. 1. No julgamento do recurso extraordinário interposto pela embargante, o Plenário desta Suprema Corte apreciou satisfatoriamente os pontos por ela questionados, tendo concluído: que constitui questão infraconstitucional a discriminação dos pulsos telefônicos excedentes nas contas telefônicas; que compete à Justiça Estadual a sua apreciação; e que é possível o julgamento da referida matéria no âmbito dos juizados em virtude da ausência de complexidade probatória. Não há, assim, qualquer omissão a ser sanada. 2. Quanto ao pedido de aplicação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, observe-se que aquela egrégia Corte foi incumbida pela Carta Magna da missão de uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional, embora seja inadmissível a interposição de recurso especial contra as decisões proferidas pelas turmas recursais dos juizados especiais. 3. No âmbito federal, a Lei 10.259/01 criou a Turma de Uniformização da Jurisprudência, que pode ser acionada quando a decisão da turma recursal contrariar a jurisprudência do STJ. É possível, ainda, a provocação dessa Corte Superior após o julgamento da matéria pela citada Turma de Uniformização. 4. Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da CF, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional.

Assim, apesar de muitas resistências por parte dos ministros, a reclamação contra decisão de Turma Recursal Estadual foi regulada, no STJ, pela Resolução nº 12/2009. Desse modo, o STJ definiu que a reclamação seria cabível para dirimir divergência sobre direito material entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a sua jurisprudência, consagrada em suas súmulas ou orientações decorrentes do julgamento de recursos especiais repetitivos. Essa Resolução vigiu até ser revogada, em 16/03/2016, pela Corte Especial do STJ, através da Emenda Regimental nº 22/2016, abrindo espaço para a edição da Resolução nº 3/2016.

### 4 - A origem da resolução nº 3/2016

A Resolução nº 3/2016 foi editada a partir de entendimento firmado pela Corte Especial do STJ, em decorrência da questão de ordem suscitada em 03/02/2016 pelo Ministro Luis Felipe Salomão no

julgamento do agravo regimental interposto na Reclamação nº 18.506/SP, relatado pelo Ministro Raul Araújo.

Na sessão do dia 03/02/2016, o Ministro Salomão suscitou a nulidade da Resolução nº 12/2009 e, por conseguinte, sustentando sua inaplicabilidade a partir daquela data, “ressalvando os atos que já foram praticados com base nela, não mais se admitindo nesta Corte as reclamações oriundas do sistema de Juizados Especiais”. Em seguida, pediu vista o Ministro Felix Fischer. Na sessão de 02/03/2016, o Ministro Fischer acompanhou o voto do Ministro Salomão, mas o julgamento foi novamente interrompido, pelo pedido de vista da Ministra Fátima Nancy Andrighi.

Poucos dias depois, em 16/03/2016 a própria Corte Especial do STJ aprovou a Emenda Regimental nº 22, que, dentre outras providências, revogou a Resolução nº 12/2009, que tratava das reclamações impetradas para dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e a jurisprudência do STJ. Assim, na sessão do dia 06/04/2016, a Ministra Nancy Andrighi apresentou seu voto, julgando prejudicado o agravo regimental e apresentando uma proposta de edição de uma nova resolução para tratar especificamente da competência para processamento e julgamento das referidas reclamações.

A proposta de resolução apresentada pela Ministra Andrighi previa a delegação da competência ao órgão especial ou ao órgão correspondente dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento das reclamações oriundas das Turmas Recursais. Nas palavras do relator, o Ministro Araújo:

Seguiu-se profícuo e enriquecedor debate acerca dos termos da resolução proposta, tendo a Corte chegado a um consenso sobre a questão, do qual decorreu a retificação de voto do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão e deste Ministro Relator, decidindo esta eg. Corte Especial, por unanimidade, em questão de ordem, aprovar a proposta de resolução sobre a delegação da competência às Câmaras Reunidas ou Seção Especializada dos Tribunais de Justiça, para processamento e julgamento, em caráter excepcional, até a criação das Turmas de Uniformização, de Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte.

Destarte, foi encerrado o julgamento do agravo regimental interposto em face da Reclamação nº 18.506/SP, que restou assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO Nº 12/2009-STJ. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE. PREJUDICADO. POSTERIOR ADVENTO DA EMENDA REGIMENTAL 22/2016-STJ REVOGANDO A RE-

SOLUÇÃO Nº 12/2009-STJ. DELIBERAÇÃO DE EDIÇÃO DE NOVA RESOLUÇÃO SOBRE A COMPETÊNCIA PARA DIRIMIR DIVERGÊNCIAS ENTRE TURMA REGIONAL ESTADUAL E A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. AGRAVO PREJUDICADO. 1. Com o advento da Emenda Regimental no 22-STJ, de 16/03/2016, ficou revogada a Resolução nº 12/2009-STJ, que dispunha sobre o processamento, no Superior Tribunal de Justiça, das reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por turma recursal estadual e a jurisprudência desta Corte. 2. Com isso, fica prejudicado o incidente de inconstitucionalidade que ataca a Resolução nº 12/2009-STJ. 3. A matéria passará a ser tratada por nova resolução, editada à luz do novo Código de Processo Civil, nos termos debatidos pela Corte Especial. 4. Agravo regimental prejudicado.

Em seguida, a Resolução nº 3/2016 foi editada, prevendo aquilo que fora proposto pela Ministra Andrighi, ou seja, que a competência para julgar as reclamações oriundas das Turmas Recursais dos Juizados Especiais seria do Tribunal de Justiça correspondente, valendo destacar:

Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

### 5 - A antinomia existente entre a resolução nº 6/2016 do STJ e o ordenamento jurídico

Durante o período de *vacatio legis* do Novo CPC, a doutrina começou a construir o entendimento de que diversos aspectos da Resolução nº 12/2009 do STJ seriam invalidados e a disciplina da reclamação impetrada contra as Turmas Recursais passaria a ser feita pelo seu art. 988. Uma questão, entretanto, se manteria inalterada: a competência para julgar essas reclamações permaneceria no STJ, pois, tanto na Resolução nº 12/2009, como no art. 988, §1º, do CPC, apontavam nesta mesma direção.

Não obstante, como visto, antes mesmo do debate ser aprofundado, o próprio STJ revogou a Resolução nº 12/2009 (art. 4º da Emenda Regimental 22/2016) e editou a Resolução nº 3/2016, que deslocou para as Seções Especializadas ou Câmaras Reunidas dos Tribunais de Justiça a competência para julgar as reclamações oriun-



Foto: Site Jornal do Advogado

“Assim, apesar da citada Resolução, parece correto afirmar que as reclamações referentes à inobservância pelos órgãos dos Juizados Especiais das teses jurídicas consagradas pelo STJ deverão ser julgadas neste tribunal, como já ocorria durante a vigência da Resolução nº 12/2009, mas agora sob o regulamento do CPC.”

Felipe Borrting Rocha, Defensor Público

das das Turmas Recursais. Diz a referida Resolução:

Art. 1º Caberá às Câmaras Reunidas ou à Seção Especializada dos Tribunais de Justiça a competência para processar e julgar as Reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal Estadual e do Distrito Federal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada em incidente de assunção de competência e de resolução de demandas repetitivas, em julgamento de recurso especial repetitivo e em enunciados das Súmulas do STJ, bem como para garantir a observância de precedentes.

No plano formal, é preciso considerar que a regra citada contém não propriamente uma determinação de organização judiciária, o que estaria entre as atribuições do STJ (art. 96, I, a, da CF), mas de definição da competência judicial, matéria eminentemente processual e de regulamentação privativa do Congresso Nacional (art. 22, I, da CF). Além disso, a regra disciplina o tema de forma diferente daquela prevista na Lei Federal (CPC). *In verbis*:

Art. 988. (...)

§ 1º A reclamação pode ser proposta perante qualquer tribunal, e seu julgamento compete ao órgão jurisdicional cuja competência se busca preservar ou cuja autoridade se pretenda garantir.

Portanto, num primeiro momento, a Resolução nº 3/2016 parece ser simultaneamente inconstitucional

(por vício formal de competência legislativa – art. 22, I, da CF) e ilegal (por contrariar as regras previstas no CPC – art. 988, § 1º).

#### 6. Os impactos da revogação da resolução nº 12/2009 e da edição da resolução nº 3/2016

Em decorrência de suas peculiaridades, o legislador optou por dar uma sistemática recursal diferenciada aos órgãos do sistema dos juizados especiais. Os recursos em face das sentenças proferidas pelo juiz do Juizado serão julgados pela Turma Recursal e não pelo Tribunal de Justiça. A Turma Recursal compõe-se de um colegiado formado por três juízes de primeira instância e está instalada na estrutura dos Juizados Especiais. As decisões monocráticas proferidas pelos relatores (art. 932 do CPC) desafiam agravo interno e as decisões colegiadas abrem caminho para a interposição de embargos de declaração e recurso extraordinário, não sendo cabível a interposição de Recurso Especial. A impossibilidade, no caso, decorre da previsão exclusiva do art. 105, III, da CF, a qual atribui ao STJ a competência para julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quanto à decisão recorrida. Por outro lado, o recurso extraordinário é cabível contra causas decididas em única ou última instância por qualquer

órgão jurisdicional (art. 102, II, da CF).

Por outro lado, o acesso ao STJ está expressamente garantido nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários. De fato, a Lei do Juizado Especial Federal (Lei nº 10.259/2001) prevê que a parte poderá formular pedido de Uniformização de Jurisprudência para a Turma Regional de Uniformização – TRU ou para a Turma Nacional de Uniformização – TNU (art. 14). A Lei dos Juizados da Fazenda Pública também adotou a possibilidade de pedido de Uniformização de Jurisprudência quando as Turmas de diferentes Estados derem à lei federal interpretações divergentes ou a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do STJ (arts. 18 e 19). Em ambos os casos, quando a orientação acolhida pelas Turmas de Uniformização contrariar a jurisprudência do STJ, a parte interessada poderá provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência.

Na seara dos Juizados Especiais Estaduais, entretanto, como a Lei nº 9.099/95 não previu uma forma de fazer prevalecer a jurisprudência adotada pelo STJ, era a Resolução nº 12/2009 que possibilitava à parte ajuizar reclamação no STJ contra a decisão de Turma Recursal quando esta afrontasse a sua jurisprudência. A revogação dessa resolução, pela Emenda Regimental nº 22/2016, portanto, criou a lacuna que existia nos Juizados Estaduais antes de 2009, com o agravante de que, agora, os dois outros modelos de Juizados Especiais integrantes do Sistema tinham mecanismos próprios de acesso ao STJ.

Essa lacuna, por sua vez, não foi suprida pela edição da Resolução nº 3/2016, que manteve a inacessibilidade do STJ ao prever que a competência para processar e julgar as reclamações destinadas a dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal e a jurisprudência do STJ seria dos próprios Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal.

Além disso, diante das questões apontadas, alguns Tribunais já estão declinando da competência das reclamações que lhes são dirigidas, com fulcro na Resolução nº 3/2016, ou suscitando conflito negativo de competência para o STF daquelas reclamações declinadas pelo STJ. Neste sentido, veja-se o seguinte aresto:

Direito processual civil. Direito constitucional. Reclamação contra decisão de Turma Recursal por divergência de decisão proferida pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo. Decisão do STJ declinando da competência para este Tribunal de Justiça, por força da Resolução nº 3/2016 daquele Tribunal Superior. Impossibilidade de ampliação da competência de Tribunal de Justiça por ato normativo infraconstitucional. Disposição contida na Constituição da República estabelecendo que as competências dos Tribunais de Justiça dos Estados devem ser estabelecidas pelas Constituições Estaduais. Expressa previsão, no

CPC/2015, do cabimento de reclamação contra decisão que contraria tese firmada em REsp repetitivo, atribuindo ao STJ a competência para dela conhecer. Conflito de competência que se suscita, a ser apreciado pelo Supremo Tribunal Federal (TJRJ – 2ª Seção Cível – Rcl 0048611-23.2016.8.19.0000 - Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, j. em 24/11/2016)

De sorte que o quadro atual é de absoluta incerteza, onde não se sabe qual o juízo competente para julgamento das reclamações referentes à divergência entre a decisão da Turma Recursal e a jurisprudência do STJ.

#### 7 - Considerações finais

De todo o exposto, conclui-se que o STJ não poderia ter delegado aos Tribunais de Justiça, por meio de resolução, sua competência para analisar por meio de reclamação se a decisão da Turma Recursal afrontou ou não sua jurisprudência. De fato, a Resolução nº 3/16 não apenas desconsidera a determinação oriunda do STF (ED Rext 571.572/BA), como também viola a competência legislativa constitucional para legislar sobre direito processual (art. 22, I, da CF) e o art. 988, § 1º, do CPC, que regula a competência para julgamento da reclamação.

Assim, apesar da citada Resolução, parece correto afirmar que as reclamações referentes à inobservância pelos órgãos dos Juizados Especiais das teses jurídicas consagradas pelo STJ deverão ser julgadas neste tribunal, como já ocorria durante a vigência da Resolução nº 12/2009, mas agora sob o regulamento do CPC (arts. 988 a 993).

Nesse sentido, necessário sublinhar que o julgamento da reclamação oriunda dos Juizados Especiais não pode ter a sua competência delegada, uma vez que ela representa um instrumento fundamental para a preservação da eficácia e da autoridade das decisões proferidas pelo STJ, que é o guardião da lei federal no País. Esse papel não é de um tribunal estadual ou distrital. E, ainda que fosse, restaria indagar: caso a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça ofendesse a jurisprudência do STJ, caberia reclamação da reclamação?

Por fim, necessário reconhecer que a melhor maneira de resolver a questão, em caráter definitivo, seria promover uma alteração na Lei nº 9.099/1995 para introduzir um incidente de uniformização da jurisprudência nos Juizados Especiais Estaduais, aos moldes do que já existe nos Juizados Federais e nos Juizados Fazendários, para preservar a uniformidade da jurisprudência entre as Turmas Recursais Estaduais e entre estas e a jurisprudência do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional. 

# Nova lei da imigração no Brasil

## O trabalhador estrangeiro diante do paradigma constitucional-fraternal

**Luciane Cardoso Barzotto** | Juíza do Trabalho do TRT da 4ª Região

**Renata Duval Martins** | Assistente em Administração na Universidade Federal do Rio Grande - FURG

**Carolina Simões Correia** | Assistente de Juiz do TJRS

### Introdução

Brasil conta com uma base constitucional que lhe dá clareza sobre a linha geral das políticas públicas e da legislação em relação aos imigrantes. A constituição de 1988 propõe, de fato, a construção de uma sociedade fraterna (Preâmbulo). O conceito de fraternidade aponta à relação de reciprocidade que vincula os seres humanos entre si implode todo tipo de nacionalismo, fechamento de fronteiras e xenofobia, fatores que tem levado a uma crescente desglobalização, que em 2016 teve dois marcos históricos: o Brexit e a eleição de Donald Trump nos EUA.

Neste sentido, a nova Lei de Migrações no Brasil, a Lei nº 13.445/2017, melhora a situação do estrangeiro, garantindo a ele mais direitos no sentido qualitativo e quantitativo, limitando o nacionalismo. A nova lei aponta para a proteção do trabalhador estrangeiro em diversas esferas, superando a visão deste como inimigo.

### 1. Fraternidade e o Direito à Imigração

O princípio da fraternidade, mais que um princípio de direito, é um princípio ético, motor de deveres recíprocos, uma predisposição de ânimo que permite que o ser humano seja capaz de olhar qualquer outra pessoa com simpatia, porque visualiza em cada homem ou mulher origem e destino comuns. Visualiza-se no outro, “um outro eu”, independente da cultura.

Esta visão do “outro” como “eu”<sup>1</sup> dá suporte ético a uma superação da visão hegemônica e individualista

dos direitos humanos e conecta os grupos e pessoas humanas à experiência das relações fraternais. Neste ponto, os vínculos de fraternidade implementam os direitos e a carga histórica da consolidação dos direitos humanos é suportada não apenas sobre os ombros do Estado. Deveres e direitos, deste modo, são assumidos para além das prescrições legais uma vez que movimentos sociais e indivíduos se tornam promotores e atores dos direitos humanos.

A orientação ética que decorre da fraternidade retira toda e qualquer pessoa humana de uma posição exclusiva de luta pelos seus direitos, simplesmente porque na avaliação dos bens da vida a serem resguardados, colocará em primeiro lugar a preservação do liame que o vincula à pessoa com quem se relaciona, à custa de sacrificar um direito pelo qual lhe parece legítima a luta. Sob este chão, sente-se a busca pelo bem do outro como um dever, a acolhida ao imigrante o diálogo que o permite manifestar sua cultura, um imperativo interno mais forte que o reclame constitucional (e aquele contido na Declaração Universal dos Direitos do Homem) ao dever de tratar a todos com espírito de fraternidade.

Portanto, num lugar e momento de choque cultural seria possível um diálogo com bases em valores comuns a serem debatidos e pesados tendo como “fiel da balança”, o princípio da fraternidade que, não funcionaria tanto como norma de garantia de direitos, mas como cola que preserva e recompõe os vínculos sociais. Nesta dinâmica, certamente haverá direitos sacrificados de lado a lado, imigrantes e nacionais



haverão que suportar fortes perdas mas também ganhos recíprocos. Isso tudo corresponde a uma razoabilidade prática, o ethos fraternal. Esta racionalidade fraternal é uma decisão que não é isenta de conflitos, mas é essencial para a construção de um espaço comum.

### 2. Fraternidade e Trabalho do Imigrante na Constituição Federal de 88

Conforme a Constituição Federal de 88 são objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Em uma interpretação ampliada do texto constitucional do art. 3º em exegese unitária com o Preâmbulo, a nação que prometemos construir é livre, igual e fraterna.

Aqui a fraternidade, com raízes na liberdade e igualdade, se expressa como “responsabilidade recíproca”, “reciprocidade”. De fato, a reciprocidade aponta para atitude de abertura dos membros da sociedade, com aqueles que, em tese, seriam forasteiros à comunidade brasileira, mas ao ingressar no Brasil, adotam uma nova pátria, novo pertencimento cidadão:

A fraternidade é considerada um princípio que está na origem de um comportamento, de uma relação que deve ser instaurada com os outros seres humanos, agindo ‘uns em relação aos outros’, o que implica também a dimensão da reciprocidade. Nesse sentido, a fraternidade, mais do que como um princípio ao lado da liberdade e da igualdade, aparece como aquele que é capaz de tornar esses princípios efetivos. [...]²

A liberdade por sua vez, é condição da responsabilidade. Só responde por si e por outrem quem é livre. A igualdade também está contida aqui: a fraternidade exige que todos sejam igualmente responsáveis por si (liberdade) e por outrem (comunidade). Ademais, “[...] a fraternidade é o princípio regulador dos outros dois princípios: se vivida fraternalmente, a liberdade não se torna arbítrio do mais forte, e a igualdade não degenera em igualitarismo opressor”³.

Em tese de doutorado, Carlos Augusto Alcântara Machado⁴ explicita o compromisso preambular da Carta Magna do Brasil de 1988, com relação ao princípio da fraternidade, colocado, historicamente, em posição secundária quanto aos demais princípios de liberdade e igualdade. Para o autor a fraternidade é o ponto de equilíbrio entre princípios tradicionalmente assegurados, liberdade e a igualdade e o preâmbulo da constituição tem força normativa ao referir:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

A tese da relevância normativa do preâmbulo constitucional ganha força doutrinária<sup>5</sup> jurisprudencial nas cortes superiores<sup>6</sup>.

Numa interpretação em conformidade com o paradigma fraternal da Constituição de 88, aponta-se para a inconstitucionalidade de normas que discriminam as pessoas que ingressam em território pátrio para trabalhar.

Aplica-se aqui a interpretação do direito à não discriminação do estrangeiro com base nos artigos. 3º, IV, 5º, 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da CF. Além disso, exige-se uma necessária reinterpretação da legislação do estrangeiro vendo se a lei nº 13.445/2017 nesta dimensão fraternal-igualitária.

Na prática, se do ponto de vista jurídico houvesse dúvida da existência de um fundamento constitucional que ampara os direitos do trabalhador migrante no Brasil, do ponto de vista econômico e social, pesquisas revelam a positividade da imigração: os estrangeiros melhoram os salários, a produtividade e o empreendedorismo no país em que estabelecem. Não necessariamente se estabelecem em setores em que concorrem ou desempregam os trabalhadores nacionais, como é o caso setor doméstico ou de serviços.

Em outros termos, as vantagens da imigração pode se dar no enriquecimento da atividade produtiva: tornam seus colegas não migrantes mais produtivos; fundam empresas nos países que chegam, causam inovações surpreendentes e contribuem para a diversidade social e cultural, com impacto profundo sobre a extensão e o desenvolvimento da economia<sup>7</sup>.

Esta inserção do migrante na economia do país, no entanto, muitas vezes ocorre de modo pouco fraterno e justo. Tendo em vista a sua situação de vulnerabilidade – por falta de acesso à educação formal, desconhecimento do idioma falado no novo país e dos seus direitos neste, etc. –, este trabalhador é mais suscetível a ser empregado em condições nas quais os seus direitos trabalhistas estão sendo descumpridos e não raro, em casos mais graves, as violações podem até caracterizar a prática de trabalho forçado.

### 3. Imigrantes e Trabalho: Lei Anterior, Nova Lei e CLT.

No Brasil, na vigência do Estatuto do Estrangeiro, a Lei nº 6.815/80, regulamentada pelo Decreto nº 86.715/81, definia a situação jurídica dos trabalhadores estrangeiros no País.

O Conselho Nacional de Imigração (CNig), criado sob a lei anterior é órgão do Ministério do Trabalho e Emprego formula políticas de imigração e concede autorização de trabalho para estrangeiros que pretendem permanecer aqui por algum tempo ou definitivamente. Conforme Resolução Normativa nº

104/2013 do MTE/CNI, do CNig, se exige a apresentação de contrato de trabalho por prazo determinado ou indeterminado pelo requerente da autorização para trabalho. Após esta autorização do CNig e mediante a apresentação de contrato de trabalho com execução no Brasil (arts 14 a 18 da Lei nº 6.815/80) o Ministério das Relações Exteriores emite autorização consular registrada no passaporte, “visto”, temporário ou permanente. Este modo de regulamentar a matéria restringe a vinda de estrangeiros, por quanto necessitam primeiro da garantia do emprego, e, somente depois serão regularizados.

Quanto à CLT<sup>8</sup>, as reformas trabalhistas recentes não modificaram os artigos que protegem o mercado de trabalho do trabalhador nacional, conforme disposto nos dispositivos 352 a 357 da CLT. Segundo a maior parte da doutrina – como Delgado, Carrion, Saad e Pinto Martins – houve a revogação ou inconstitucionalidade destes dispositivos. Parcela minoritária da doutrina, como José Afonso da Silva, opta pela tese da manutenção de cotas nacionais nas empresas, criando uma proteção especial para o nacional. Outros entendem que, sobre o mercado de trabalho deve ser feita uma interpretação conforme a Constituição<sup>9</sup> ou conforme a teoria dos Direitos Humanos, mais equitativa para os migrantes, o que envolve a aplicação de diretivas de normas internacionais. Trata-se de examinar eventuais tensões entre dois direitos fundamentais: direitos de nacionalidade e seus desdobramentos na proteção do mercado de trabalho (art. 12 da CF/88) e direito à não discriminação do estrangeiro (art. 3º, IV, 5º, 7º, incisos XXX, XXXI e XXXII, da CF).

Quanto à nova Lei 13.445/2017, alguns pontos são importantes avanços quanto ao paradigma fraternal. Em síntese, entre os princípios da lei, estão a garantia ao migrante de condição de igualdade com os nacionais, inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e acesso à justiça e aos serviços públicos de saúde e educação. Ficam garantidos o mercado de trabalho e direito à previdência social, exercício de cargo, emprego e função pública, conforme definido em edital, com exceção dos cursos reservados a brasileiros natos.

### Considerações Finais

A principal causa das imigrações no mundo segue sendo a busca de emprego, segundo dados recentes da OIT. Isso não é diferente no Brasil.

No Brasil há um compromisso constitucional que nos compele ao tratamento digno do migrante: no preâmbulo da Constituição ao dispor que visamos assegurar o exercício dos direitos de modo a formar uma “sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na

ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias”.

Neste sentido, a nova Lei de Migrações no Brasil, a Lei nº 13.445/2017, melhora a situação do estrangeiro, garantindo a ele mais direitos no sentido qualitativo e quantitativo.

Verifica-se uma aproximação entre a nova lei brasileira de Migrações e as normativas internacionais de direitos humanos. Por exemplo, apenas para ficar no plano laboral, a OIT editou a Convenção 143, a qual prevê a proteção trabalhista dos imigrantes mediante garantias de direitos humanos no acesso à ocupação produtiva justa e na restrição à exploração abusiva na sua prestação de serviços.

### Notas

<sup>1</sup> LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz*. Brasília: Brasiliense, 2009, p. 122.

<sup>2</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista Jurídica Virtual [Revista Jurídica da Presidência], Brasília, v. 5, n. 48, mai. 2003, [on line].

<sup>3</sup> BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido*. Vol 1, 2008, p. 54.

<sup>4</sup> MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo: PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>5</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2003; CANOTILHO, J. J. GOMES. *Curso de Direito Constitucional*, 1991, p. 237 e MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2010, p. 408.

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal

### Referências

BAGGIO, Antonio Maria. *O princípio esquecido*. Vol 1. São Paulo: Cidade Nova, 2008.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. *Direitos humanos e trabalhadores: atividade normativa da Organização Internacional do Trabalho e os limites do direito internacional do trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARZOTTO, Luis Fernando. *Justiça social: gênese, estrutura e aplicação de um conceito*. Revista Jurídica Virtual [Revista Jurídica da Presidência], Brasília, v. 5, n. 48, mai. 2003. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/747/738>> Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.649. Requerente: ABRATI – Associação Brasileira das Empresas de Transporte Interestadual, Intermunicipal e Internacional de Passageiros. Requerido: Presidente da República. Relatora: Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Julgado em: 8-5-2008, DJE de 17-10-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=555517>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.071. Recorrente: José Francisco de Araújo. Recorrido: Tribunal Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13/11/2007, DJE 018 Divulgado: 31-01-2008, Publicado: 01-02-2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17/11/2016, DJE 25/11/2016. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=155503&num\\_registro=201602021631&data=20161125&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=155503&num_registro=201602021631&data=20161125&formato=PDF)>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR – 167800-40.2005.5.01.0482. Relator, Maurício Godinho Delgado. Julgado em: 26/03/2014, DEJT 15/04/2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:tribunal.superior.trabalho;turma.3:acordao;rr:2014-03-26;167800-2005-482-1-0>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

BRUNI, Luigino in ‘Commenti - Il lavoro e le lenti sbagliate’. *Avvenire* il, 01/04/2012. Disponível em: <<http://www.edc-online.org/it/publicazioni/articoli->

Do ponto de vista nacional, a lei sancionada, para substituir o Estatuto do Estrangeiro, em síntese, favorece as interações laborais, econômicas e sociais, no sentido de valorizar direitos, realçando o contributo do migrante na construção na comunidade nacional. Em matéria de ingresso de imigrantes no país procura-se o repúdio à xenofobia, acolhimento humanitário, reunião familiar, acesso à justiça e medidas destinadas a promover integração social.

A ampliação e simplificação em matéria de novas garantias sociais, linguísticas, laborais, culturais e assistenciais implementam o comando constitucional de uma comunidade fraternal inclusiva dos imigrantes trabalhadores como dever de justiça social. 

Superior do Trabalho. Litisconsorte Passivo: União. Relator: Carlos Britto. Julgado em: 13/11/2007, DJE 018 Divulgado: 31-01-2008, Publicado: 01-02-2008. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 74.123/RS, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em: 17/11/2016, DJE 25/11/2016.

<sup>7</sup> Além das fronteiras: as vantagens econômicas da imigração, <http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das-fronteiras.htm>; Veja-se pesquisa de Michael Clemens, Stephen Dubner do Centro

para o Desenvolvimento Global e Alex Tabarrok - professor de economia na Universidade George Mason na Virgínia, para o qual a imigração é “o melhor programa antipobreza do mundo”

<sup>8</sup> CLT comentada por Juízes do Trabalho do TRT4.

<sup>9</sup> SBALQUEIRO LOPES, Cristiane Maria. O direito à não discriminação dos estrangeiros. Brasília: Boletim Científico da ESMPU. Edição especial, 2012, Ano 11, n. 37, p. 37-61.

di/luigino-bruni/editoriali-avvenire/3295-la-cultura-dei-muri-dritti.html>. Acesso em: 10 abr. 2017.

CANOTILHO, J. J. GOMES. *Curso de Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

LUBICH, Chiara. *Ideal e Luz*. Brasília: Brasiliense, 2009.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara. *A garantia constitucional da fraternidade: constitucionalismo fraternal*. São Paulo: PUC, 2014. 272 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2014.

MONTEJO, Miguel Francisco Canessa. *La protección internacional de los derechos humanos laborales*. Valência: Tirant lo Blanch, 2008.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* 14 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra editora, 2010. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. OIT. Migración equitativa: un programa para la OIT. Memoria del Director General, Informe I (B), CIT, 103. reunión, 2014, parr. 5, 32-36.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Convenção nº143. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/conven%C3%A7%C3%A3o-sobre-imigra%C3%A7%C3%B5es-efectuadas-em-condi%C3%A7%C3%B5es-abusivas-e-sobre-promo%C3%A7%C3%A3o-da-igualdade-de>>. Acesso em: 04 out. 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. OIT. Promover uma migração equitativa. Conferencia Internacional Del Trabajo, 105. reunión, 2016. POTOBSKY, Geraldo W. von; VALTICOS, Nicolas. *International Labour Law*. Kluwer Law and Taxation, 1995.

RIVAS, Pablo Ramires. *Amistad, pólisy reconocimiento: la decisión de la fraternidade*. In *Fraternidad y conflicto*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Nueva, 2011.

SOUZA, Rodrigo Trindade de (Coord.) et al. *CLT comentada pelos Juízes do Trabalho da 4ª Região*. São Paulo: LTr, 2015. 470 p.

UOL. Além das fronteiras. Disponível em: <<http://m.noticias.uol.com.br/midiaglobal/freakonomics/2015/12/30/alem-das-fronteiras.htm>>. Acesso em: 04 out. 2016.

# Judicialização da Saúde no Brasil

**Oriana Piske de A. Barbosa** | Juíza de Direito do TJDF

**Caroline Piske de A. Mohamed** | Professora do UDF

**Ana Cristina Barreto Bezerra** | Professora do Unieuro

**Dirce Ghilherm** | Diretora dos Programas de Pós-graduação em Enfermagem e Ciências da Saúde da UNB

O Direito à saúde está garantido pela Constituição Federal de 1988. O art. 6º descreve a saúde expressamente como um Direito social e o art. 196 da Carta Magna, por sua vez, estabelece que este direito se garantirá mediante a elaboração de políticas sociais e econômicas por parte do Estado (14). As políticas públicas, a sua vez, se destinam a racionalizar a prestação coletiva do Estado, com base nas principais necessidades da saúde da população, de forma a promover a tão aclamada Justiça distributiva.

Como o Poder Judicial atua sob a perspectiva da Justiça comutativa ou, como denomina Amaral (2001), sob o âmbito da micro-justiça do caso concreto, o desafio de incorporar as políticas públicas de saúde nas suas decisões se revela indispensável para o avanço da jurisprudência, no sentido de compatibilizar a Justiça comutativa, dentro de cada processo, com a Justiça distributiva, representada pela decisão coletiva formulada e formalizada por meio dos diversos atos normativos que compõem a política de assistência à saúde, emanadas dos Poderes Legislativo e Executivo (15).

Estudos empreendidos por Messeder *et al.* (2005), Marques e Dallari, (2007) Vieira e Zucchi (2007) apontam para um grande e exponencial número de ações judiciais individuais que demandam essas pres-

tações do Estado (16-18). Campilongo (2002), baseado na Teoria do Sistema elaborada pelo filósofo alemão Niklas Luhmann sustenta que ocorre a “judicialização” da política quando o Poder Judicial, órgão central do Sistema jurídico, passa a atuar além dos limites estruturais deste sistema, operando com ferramentas próprias do Sistema político, sem ter capacidade para tanto, e exercendo assim a função que só o Sistema político pode exercer na sociedade, qual seja: a tomada de decisões coletivamente vinculantes. O seja, é a superposição das decisões judiciais ao marco normativo elaborado pelo Sistema político (19).

Os estudos empreendidos até o momento no Brasil por Messeder *et al.* (2005); Marques e Dallari (2007); Vieira e Zucchi (2007), que analisam as decisões judiciais em matéria de assistência farmacêutica contra o Estado, publicados nas principais revistas nacionais de Saúde Pública, versam sobre investigações regionais, que não permitem generalizações e afirmações em nível nacional (16-18). Tampouco temos dados precisos sobre a representação da população nestes processos, principalmente no que toca ao apoio de associações, fato que se vem imputando como uma possível manipulação da demanda, frente ao financiamento de algumas dessas associações por indústrias farmacêuticas interessadas na comercialização deste ou de aquele fármaco (12).



Vieira e Zucchi (2007) demonstram que entre as ações analisadas contra o Município de São Paulo os 2% versam sobre medicamentos constantes nos serviços ofertados pelo SUS – Sistema Único de Saúde (18). Marques e Dallari (2007) indicam que entre os processos investigados os 9,6% tratavam de medicamentos sem registro na Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA (17). Tampouco temos informações científicas oriundas destes processos, capazes de promover um sério debate sobre a eficácia terapêutica dos medicamentos não padronizados concedidos pelo Poder Judicial, ou seja, sim estes possuem equivalentes terapêuticos oferecidos pelos serviços públicos. Entre os processos analisados, em 2005 e 2007, no Estado de Rio de Janeiro, a maioria provinha de serviços do SUS (16,18).

O impacto financeiro dessas ações frente a política pública de saúde também merece dados precisos e nacionais, assim como informações sobre outros bens e serviços de saúde demandados em juízo, como leitos de Unidades de Tratamento Intensivo (UTI), órteses, próteses, entre outros (18). Deve-se questionar também o verdadeiro impacto do total do financiamento da saúde e das ações planejadas e executadas em matéria de assistência farmacêutica e terapêutica.

Assim, se pode evidenciar, baseado em dados significativos, os benefícios e prejuízos da atuação

judicial na garantia do Direito à saúde e sua relação com a política de saúde estabelecida. E, garantir o Direito à saúde de forma efetivamente integral e universal, com a equidade necessária e com o devido equilíbrio entre os Sistemas jurídico e político do Estado, assim como com a necessária participação da sociedade neste debate (11). O fundamental é a conjugação das necessidades individuais postas nos processos e das necessidades coletivas, formalizadas mediante políticas públicas e indispensáveis a garantia do Direito à saúde como Direito social.

Atento ao problema da judicialização da saúde, no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), instituiu, em 2010, o Foro Nacional do Judiciário para a Saúde. Como providência inicial criou-se um Sistema eletrônico de acompanhamento das ações judiciais que envolvem a assistência à saúde. Em junho de 2012, o Foro foi reestruturado, com uma nova composição do Comitê Executivo, agora formado por julgadores, representantes do Ministério da Saúde, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e, mais recentemente, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA).

Desde então, foram definidas muitas providências pelo CNJ: investigação diagnóstica da judicialização; incorporação, na lista de cobertura da ANS, das decisões sumuladas ou de repercussão geral, para que os

contratos das operadoras de planos de saúde não contemplem cláusulas nulas de pleno direito, evitando-se demandas judiciais futuras e abastecimento aos julgadores de informações científicas de credibilidade na área de tecnologia da saúde, por meio da incorporação, no *sítio* do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), das Notas Técnicas da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC). Disponíveis, também, no *sítio* do CNJ, se encontram os nomes dos conciliadores representantes das operadoras de planos de saúde, para estimular a conciliação.

O CNJ estabeleceu propostas de homologação e encaminhamento para sua execução judicial imediata dos acordos firmados no âmbito dos PROCONs e não cumpridos, além da obrigatoriedade de abastecimento pelas operadoras da razão da negação da prestação, na linguagem acessível. Foram elaborados memoriais sobre as competências no Sistema de Saúde e a estruturação e atividades dos Comitês Estaduais do Foro de Saúde brasileiro. Ocorreram reuniões com representantes de todos os Comitês Estaduais, com representantes das operadoras de planos de saúde, com dirigentes da ANVISA e representantes dos PROCONs. O CNJ apresentou sugestões ao Ministério da Saúde brasileiro para a limitação da prática de sobrejornada e da tercerização nos serviços de saúde. Ademais dos projetos para o combate do encarecimento artificial dos serviços de saúde e de Curso de Direito Sanitário, para qualificação dos julgadores.

Com efeito, verifica-se que a desarticulação entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, no Brasil, revela a importância do aperfeiçoamento dos mecanismos de “pesos e contrapesos” na saúde e dos canais de diálogo entre as instituições públicas que operam na garantia dos princípios do Sistema Público de Saúde e, também, do Sistema Privado. A despeito de ter havido avanços, permanece como grande desafio do Estado brasileiro, entendido de forma ampla, garantir a democracia e exercer o papel mediador de interesses e demandas, estabelecendo prioridades e atuando de forma equilibrada, dirigindo ao bem estar coletivo e não simplesmente atendendo aos interesses de grupos específicos, para isso necessitam vencer inúmeros dilemas (12).

### Sugestões

Apresentaremos, a seguir, algumas sugestões para reduzir a judicialização da saúde no Brasil:

Trabalhar desde a prevenção, tanto dos erros médicos que podem levar a juízos de *mala praxis*, como nos conflitos que conduzem a judicialização por outras diferentes causas (falta de prestação, atenção com os prestadores desconhecidos ao financiador, etc.);

A implementação dos programas de gestão de riscos médico-legais como as unidades de gestão de

conflitos que propiciem a possibilidade de trabalhar com programas de qualidade já que tendem a buscar a segurança do paciente;

É preciso que os gestores públicos avancem com relação a elaboração e implementação das políticas de saúde no Brasil;

A organização administrativa da prestação dos serviços de saúde, que, muitas vezes, deixam os cidadãos sem a correta assistência médica e farmacêutica;

Ampliar um canal administrativo capaz de ouvir e processar as diferentes demandas da sociedade neste campo;

É preciso que o Poder Judicial avance com relação a incorporação da dimensão política que compõe o Direito à saúde;

O Poder Judicial deve buscar a especialização com a criação de varas especializadas na saúde e regulação, pretendendo, sobre todo, a formação de parâmetros objetivos de decisões judiciais atentas as especificidades do setor, num conceito multidisciplinar;

Criação de Câmaras técnicas e/ou audiências públicas;

Uma maior regulação que possa promover a integração entre o Sistema Público e o Privado deve ir mais além da questão do ressarcimento.

Deve avançar na estruturação de redes de saúde, com autonomia e governança própria, donde se possam integrar aqueles que possuem ou não cobertura de Saúde Suplementar.

A inovação, a busca pela racionalidade e pela complementariedade.

### Considerações Finais

O Direito à saúde é um Direito fundamental do cidadão e um dever do Estado brasileiro, embora esteja garantido de forma integral e universal pela Constituição Federal brasileira de 1988 (art. 196), não está garantido plenamente na prática (14). O Sistema Único de Saúde (SUS), apesar de configurar uma política consistente e sólida, com inegáveis avanços, não consegue ofertar cuidados integrais e universais de saúde a todos os cidadãos brasileiros. E, a sociedade civil, por meio da atuação combativa de órgãos como o Ministério Público e a Defensoria Pública buscam subsídios para pleitear este direito através do Poder Judicial. A inserção destes atores na reivindicação da saúde como um direito está contribuindo, notoriamente, ao que se convencionou chamar de “judicialização da saúde” no Brasil, com todos seus aspectos positivos e negativos.

A atuação judicial ganha espaço quando não existem políticas públicas eficientes e eficazes ou quando elas são insuficientes para atender minimamente, tanto na área da Saúde Pública como na área da Saúde Complementar (seguros de saúde privados). O Direito à saúde não se pode entender como o direito de estar sempre saudá-

vel, senão como o direito a um Sistema de proteção a saúde que dá oportunidades iguais para que as pessoas alcancem os níveis mais altos de saúde possíveis.

A atuação do Poder Judicial revela o controle judicial de eventuais violações tanto por parte do Estado na atenção à saúde e, inclusive, a participação nas políticas públicas, especificamente dos seguros de saúde privados, no controle judicial de abusos de cláusulas contratuais leoninas. Por outro lado, o excesso de ordens judiciais pode desestabilizar a universalidade da saúde, um dos fundamentos do Sistema de Saúde Pública, como não tornar viável o Sistema de Saúde Complementar no Brasil.

A solução para o conflito de interesses envolvendo o Direito individual à saúde e o Direito coletivo de viabilidade do Sistema de Saúde demanda, dentre outros aspectos, a especialização da magistratura na área de saúde, numa concepção multidisciplinar na que o magistrado possa subsidiar-se de toda uma estrutura técnica, conjugando esforços com o auxílio de peritos especialistas em medicina, em cálculos atuariais, com o escopo de garantir maior segurança jurídica a suas decisões.

### Referências

- LUGARINHO, Liliana Maria Planel. Bioética na incorporação de procedimentos, um olhar exploratório na saúde suplementar. 2004. 95 f. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca da Fundação Oswaldo Cruz, Rio de Janeiro.
- OLIVEIRA, Isabela de. Repúdio à manipulação de embriões humanos. *Jornal Correio Braziliense*. Ciência. 24.04. 2015, p. 17.
- “CRISPR/Cas9-mediated gene editing in human tripronuclear zygotes” came from the lab of Junjiu Huang and is Liang, P. et al. *Protein Cell* DOI 10.1007/s13238-015-0153-5 Published on-line 18 abril 2015. Liang, P. et al. *Protein Cell* <http://dx.doi.org/10.1007/s13238-015-0153-5> (2015).
- NATURE. 2015 Mar 26;519(7544):410-1. doi: 10.1038/519410a. Don't edit the human germ line. Lanthier E, Urnov F, Haecker SE, Werner M, Smolenski J.
- SCIENCE. 2015 Apr 3;348(6230):36-8. doi: 10.1126/science.aab1028. Epub 2015 Mar 19. Biotechnology. A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification. Baltimore D1, Berg P2, Botchan M3, Carroll D4, Charo RA5, Church G6, Corn JE7, Daley GQ8, Doudna JA9, Fenner M7, Greely HT10, Jinek M11, Martin GS12, Penhoet E13, Puck J14, Sternberg SH15, Weissman JS16, Yamamoto KR17.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Mejorar el desempeño de los Sistemas de salud. Informe sobre la salud en el mundo 2000, Ginebra, 2000.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS). Estadísticas Sanitarias Mundiales 2013. Ginebra: OMS, 2013. Disponible en <<http://apps.who.int/nha/database/DataExplorer.aspx?ws=1&d=1>>. Acceso el 26.07.2013.
- NORONHA, J. C.; LIMA, L. D.; MACHADO, C. V. A Gestão do Sistema Único de Saúde: características e Tendências. In: Saúde no Brasil: contribuições para a agenda de prioridades de pesquisa. Brasília: Ministério da Saúde, 2004, p. 45-94.
- CORTESI, M. Cristina. La judicialización en el ámbito sanitario y sus impactos en los financiadores. Publicado en 23.12.2013. Disponible en: <[http://mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2013/12/la-judicializacion-en-ambito\\_24.html](http://mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2013/12/la-judicializacion-en-ambito_24.html)>. Acceso el 06.05.2014.
- OMS. Financiamiento de los sistemas de salud. El camino hacia la cobertura universal Informe sobre la Salud en el Mundo 2010, Ginebra, 2010.
- MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.9, n. 2, jul./out., 2008.
- BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo. De la posibilidad de compatibilizar la aplicación de los derechos fundamentales en las relaciones privadas con el principio de la seguridad jurídica en caso de contrato de seguro médico [manuscrito] / Oriana Piske de Azevêdo Barbosa. - 2014. 541 f. + 1 CD-ROM (4 3/4 pol.) [001029293]
- CORTESI, M. Cristina. La judicialización: ¿única vía para resolver los conflictos en salud? Publicado en 03.12.12. Disponible en: <<http://www.mariacristinacortesi.blogspot.com.br/2012/12/la-judicializacion-unica-alternativa.html>>. Acceso el: 06.05.2014.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.
- AMARAL, Gustavo. Direitos, escassez & escolha: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MESSEDER, A. M.; OSÓRIO-DE-CASTRO, C. G. S.; LUÍZA, V. L. Mandados judiciais como ferramenta para a garantia do acesso a medicamentos no setor público: a experiência do Estado do Rio de Janeiro, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 525-534, 2005.
- MARQUES, S. B.; DALLARI, S. G. A garantia do direito à assistência farmacêutica no Estado de São Paulo. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 41, n. 2, p. 101-107, 2007.
- VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista Saúde Pública* [online], v. 41, n. 2, p. 214-222, 2007. [cited 2008-06-19].
- CAMPILONGO C. F. Política, sistema jurídico e decisão judicial. São Paulo: Max Limonad, 2002.

# A (in)segurança jurídica

Arnaldo Siqueira de Lima

Procurador Geral da Câmara Legislativa do Distrito Federal

A segurança é necessidade primordial do ser vivo. Observa-se isso em todos os momentos da vida. Uma simples mudança climática é fator suficiente para alteração imediata de comportamentos em busca de segurança. Se o tempo fechar, de imediato, as pessoas procuram lugar seguro e, mesmo estando dentro de suas casas, fecham janelas, cercam-se de cuidados. Os animais recolhem-se em seus abrigos. Os pássaros param de voar e procuram as árvores mais frondosas porque ali se sentem protegidos dos ventos e da chuva. Sentem-se seguros.

Infelizmente, não é só esse tipo de segurança que o ser humano precisa para viver em paz interagindo com os demais. Se há relação humana há litígio, e daí surge a necessidade de regular condutas, direitos e obrigações. É imprescindível que o homem saiba os seus limites, porque além deles já viola o direito de outrem. Mas também é imprescindível que ele saiba que se mantendo nos seus limites ninguém poderá atingi-lo.

A incerteza na cabeça do homem é tormenta. Traz desassossego. Adoece. Fere o físico e a alma.

Cientes disso, todos os legisladores brasileiros procuraram deixar claro nas Constituições e nas leis regras que asseguram a segurança jurídica. O exemplo disso pode-se observar no art. 153, § 3º da Constituição brasileira de 1967, emendada em 69, que assegurava: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”. Fundamento repetido na Constituição Federativa do Brasil de 1988, art. 5º, inciso XXXVI. Na mesma toada anda a preclusão regulando o tempo certo para o exercício do direito de ação.

Mas o princípio da segurança jurídica não vem só daí, ele está também na divisão das funções entre os Poderes, e no respeito de um pelo outro. Não é porque membros de um Poder não se dão ao respeito que se vai anular esse Poder. Não se mata o boi porque tem carrapatos. O princípio torna-se efetivo, principalmente, nas decisões judiciais, que devem retratar a norma interpretada.

De forma sábia, para garantir a efetividade do princípio da segurança jurídica, o Constituinte deixou a cargo do Poder Legislativo, e somente do Poder Legislativo, a alteração da norma. Obviamente, e levando em consideração tamanha responsabilidade, traçou rito para a alteração. Não se dá de forma simples, mas tão somente após processo legislativo rigoroso e por maioria de votos para as leis comuns e três quintos nas emendas e, nesse caso, votadas em dois turnos. É como se colocasse um cofre dentro de outro cofre, tamanha a importância do princípio.

Para retratar o alcance da segurança jurídica, e a importância das decisões judiciais no mundo todo, virou lenda a frase: ainda há juízes em Berlim. Isso porque, segundo prega-se em salas de aulas e em solenidades de colação de grau de acadêmicos de direito, nos idos do século XVIII, François Andriex (1759-1833), no conto “O Moleiro de Sans-Souci”, narrou um episódio envolvendo o Monarca Frederico II e um aldeão. Segundo contam, Frederico II era um dos monarcas caracterizado como “déspota esclarecido”, porque era um homem de letras e muito culto.

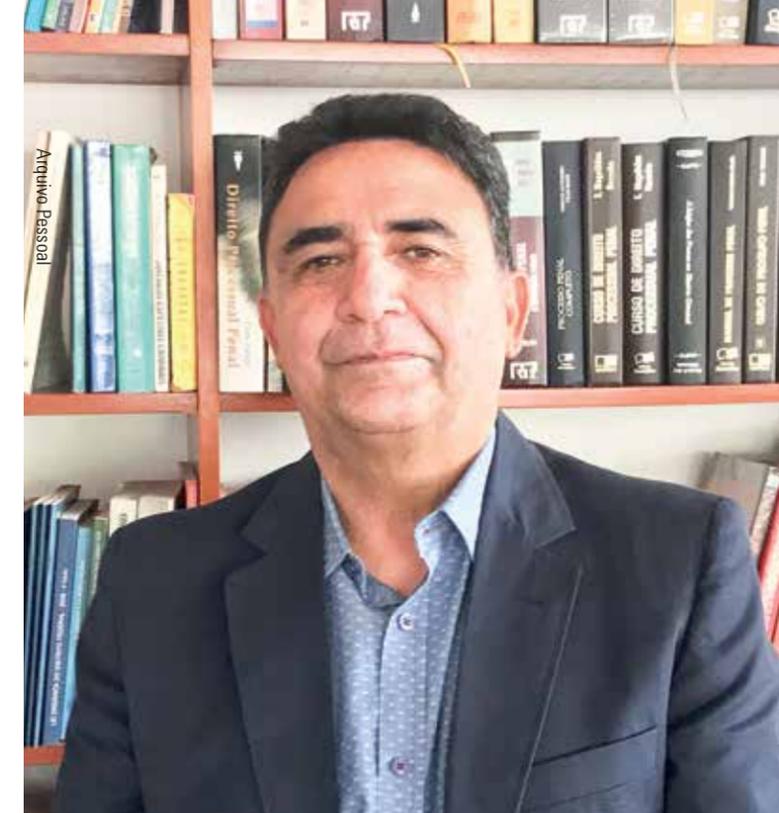
Certa vez, resolveu ele mandar construir um palá-

cio de verão em Potsdam, próximo a Berlim, e para tanto escolheu a encosta de uma colina, onde já havia um moinho.

Alguns anos após, tendo resolvido aumentar algumas alas do palácio, e precisando então avançar sobre o terreno onde se encontrava aquele antigo moinho, decidiu comprá-lo, e mandou chamar o moleiro para fazer a proposta de compra. Propôs então comprar o moinho e a propriedade. O moleiro recusou, argumentando que não poderia vender a casa na qual seu pai havia falecido, que lhe deixara por testamento, e onde seus filhos nasceriam e se criariam.

O Monarca não gostou da resposta e insistiu na sua oferta. Contudo, advertiu o moleiro que se quisesse podia, simplesmente, tomar-lhe a propriedade, tendo o aldeão, de forma incisiva, dado a resposta que ficou registrada nos anais históricos da humanidade: isso seria verdade se não existisse juízes em Berlim.

Voltando à triste realidade que nos atormenta nos dias atuais, poucos, ou talvez nenhum brasileiro que acompanha o dia a dia do nosso país, teria a convicção de que o seu direito está garantido porque temos juízes em nosso país. As razões e os exemplos são muitos. Só para ilustrar, cito o fato que aconteceu no Rio de Janeiro, ao se prender parlamentares depois que a Assembleia Estadual havia relaxado suas prisões, com base no art. 27, § 1º da Constituição Federal, que assegura ser “de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre siste-



ma eleitoral, inviolabilidade, imunidades remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”.

Ora, que dúvida pode existir nesse caso, se o art. 53, § 2º, da Constituição Federal da República assim diz: “desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

E não venha com o argumento que, nesse caso, quem foi preso realmente merece estar nessa condição. Não é essa a discussão. A questão é muito mais séria. Todos podem ser presos, independentemente de raça, cor, credo ou religião. Mas só podem ser presos de acordo com o direito em vigor. Jamais para agradar maioria ou minoria.

Nesse contexto, e tendo em vista que o Supremo Tribunal, entre outras coisas, entendeu que o servidor inativo deveria contribuir com a previdência, mesmo já tendo completado seu ciclo de contribuição para se aposentar; que está prestes a mudar uma recente decisão, com apertado placar de 6 a 5 na Suprema Corte, permitindo que condenados em segunda instância pudessem ser presos, para voltar ao velho hábito de não se prender ninguém que possa pagar um bom advogado para recorrer, recorrer e recorrer até que ocorra a prescrição, realmente, resta só a esperança de que um dia nossos netos possam dizer que esse tipo de coisa não acontece, porque em Brasília há juízes.

# Pós-positivismo e ética no Poder Judiciário

## Análise sobre a Súmula Vinculante nº 13

José Cícero Alves da Silva | Juiz de Direito do TJ-AL



### 1. Introdução

As construções acadêmicas mais recentes do direito convergem, cada vez mais, para a questão de conferir máxima efetividade às disposições jurídicas normativas, formulando concepções teóricas sobre hermenêutica constitucional, força normativa dos princípios, atuação positiva do Poder Judiciário na aplicação e integração das normas constitucionais, entre outras formulações, cujo aparato teórico resultante tem repercutido nos mais diversos ramos da ciência jurídica – seja material ou processual.

De fato, as grandes preocupações de que se ocupam atualmente os estudos da ciência jurídica gravitam, em sua maioria, em torno da questão sobre a efetividade das normas jurídicas, em especial das normas constitucionais.

Vale, a esse respeito, a transcrição de passagem da obra do constitucionalista de Luís Roberto Barroso, destacando o papel da atividade jurisdicional na efetivação dos comandos constitucionais:

Normas constitucionais, portanto, contêm comandos. (...) Ocorrida a violação, o sistema constitucional e o infraconstitucional devem prover meios para a tutela do direito ou bem jurídico afetados e restauração da ordem jurídica. Estes meios são a ação e a jurisdição: ocorrendo uma lesão, o titular do direito ou alguém com legitimação ativa para protegê-lo

pode ir a juízo postular reparação. Existem mecanismos de tutela individual e de tutela coletiva de direitos (grifo acrescido)

Pode-se observar, na esteira destas concepções, uma importância crescente para concepções valorativas, visto que os princípios gerais de direito, em geral, tratam de previsões mais genéricas, destinadas a nortear uma filtragem valorativa na aplicação do direito.

Neste contexto é que está situado o presente trabalho, produzido no intuito de investigar e discorrer sobre a relação destas formulações teóricas e acadêmicas mais atuais na ciência jurídica, movimento que recebeu a denominação de pós-positivismo, e sua relação com a inserção, também crescente, também da preocupação ética dentro do sistema jurídico, inclusive ensejando a elaboração de enunciados sumulares pela Corte Suprema do País, a exemplo da Súmula Vinculante nº 13.

Buscando alcançar o fim a que se propõe, o trabalho será estruturado com uma apresentação inicial do que se convencionou denominar de “pós-positivismo”, arcabouço doutrinário que alicerça as mencionadas construções acadêmicas, seguindo-se uma breve explanação do conceito e principais contornos do estudo da ética no cenário atual para, por fim, relacionar estes conceitos e fundamentos entre si, e também com a elaboração da Súmula Vinculante nº13 pelo Supremo Tribunal Federal.

### 2. O chamado Pós-Positivismo

O atual estágio do estudo do direito recebe influência determinante de *concepções valorativas*, que buscam superar o entendimento puramente positivista do fenômeno jurídico, na forma como foi levado a extremos nos contextos nazista e fascista, para compreender a aplicação de suas normas como instrumento que são do alcance de resultados, na esteira da crítica formulada em célebre pronunciamento do jurista Gustav Radbruch:

A lei vale por ser lei, e é lei sempre que, como na generalidade dos casos, tiver do seu lado a força para se fazer impor. Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas. Torna equivalentes, em última análise, o direito e força, levando a crer que só onde estiver a segunda estaria também o primeiro (grifo no original)

A partir de reflexões como esta se pode caminhar para a compreensão do sistema constitucional como uma ordem objetiva de valores, um todo harmônico em que estão veiculadas as escolhas axiológicas subjacentes, que deverão informar toda a criação e aplicação do direito. Destaca-se o caráter objetivo-valorativo dos direitos fundamentais, e não apenas sua condição de direitos subjetivados (perspectiva jurídico-subjetiva).

Descabe, portanto, nos dias atuais, uma aplicação do direito positivo dissociada de uma filtragem constitucional, pois os valores fundamentais apontados pelo sistema constitucional têm observância obrigatória, os princípios que os veiculam possuem vinculação normativa. Dentro desta concepção a que se tem chamado neoconstitucionalismo, também relacionada ao designado pós-positivismo, conforme destaca Humberto Ávila, deve-se atentar primordialmente a:

princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

Sendo assim, surge a necessidade de uma análise detida acerca de quais são exatamente estes valores e reivindicações essenciais, alçados ao mais alto nível de tutela jurídica, por representarem mandamento constitucional impositivo, que devem informar toda a atuação normativa e judicial, para a sua correta aplicação nas situações particulares e concretas, para funcionarem como critérios de ponderação.

A força vinculante e influência determinante dos valores alçados ao nível fundamental no estudo e aplicação do direito, impõe, portanto, constante e minuciosa análise de quais são e de como se projetam cada um destes valores dentro do sistema, mormente tendo-se em conta a mutabilidade destes valores no tempo, posto que deverão ser cada vez mais utilizados dentro destas perspectivas concretas de interpretação e aplicação do direito.

Por esta razão é que se encontram na doutrina direito, os mais diversos entendimentos em busca de um fundamento teórico que justifique a existência e a eleição de determinados valores a este mais alto nível, de direitos humanos e fundamentais.

A busca por uma justificação racional para a existência destes direitos, considerados como dignos de proteção especial e indispensável pela ordem jurídica, percorre um fundamento jusnaturalista (seja religioso ou racional), em que os direitos humanos decorreriam de uma “ordem jurídica natural”, superior às ordens jurídicas positivas e existindo independentemente do reconhecimento por esta ordem; passando por um fundamento historicista, em que os direitos seriam variáveis e relativos a cada contexto histórico em que surge, resultado da evolução sobre as necessidades humanas e possibilidades de satisfazer-las dentro de uma

dada sociedade (origem social), sendo objeto, ainda, de outras teorias sobre o seu fundamento filosófico, além destas principais expostos.

E posição interessante, por fim, é trazida por Eusebio Fernández, defendendo uma fundamentação ética para o reconhecimento de certos direitos como humanos fundamentais. Afastando as fundamentações anteriores, aduz o autor que:

*La fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos fundamentales parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico. El Derecho (me refiero siempre al Derecho positivo) no crea los derechos humanos. Su notable labor, sin la cual el concepto de derechos humanos no tendrá plena efectividad, está en reconocerlos, convertirlos en normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente. (...) Por tanto, una vez supuesta la idea anterior, entiendo por fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos la idea de que este fundamento no puede ser más que un fundamento ético axiológico o valorativo, em torno a exigências que consideramos imprescindibles como condiciones enexcusables de una vida digna, es decir, de exigências derivadas de la idea de dignidad humana.*

De onde se nota não ser necessário buscar em uma ordem superior, pretensamente jurídica e transcendental, a justificação para o dever de reconhecimento de certos bens jurídicos como fundamentais.

A fundamentação ética alça ao nível de fundamentais aqueles direitos com relação mais estreita à idéia de dignidade humana, ou seja, que o homem possui pelo fato de ser homem, que devem ser garantidos e consagrados, decorrendo de uma exigência ética ou moral de que sejam como tais juridicizados, desvinculadamente de qualquer transcendentalidade jurídica.

A modificação do contexto histórico vivenciado, com o incremento das relações sociais, dos interesses, necessidades humanas e até mesmo dos bens da vida ofertados, que se tornam cada vez mais complexos, modifica, em consequência, os valores a serem tomados como necessidades essenciais, relacionadas à noção de dignidade humana, o que pode ser feito, como defende o autor, a partir da análise de uma exigência ética.

O chamado pós-positivismo aponta como para os profissionais do direito, especialmente o órgão julgador, a necessidade de realizar uma filtragem de valores, a partir dos princípios gerais e direitos de caráter fundamental no ordenamento, sobre as regras do sistema jurídico.

Porém aqueles valores e bens da vida considerados imprescindíveis, condições para que se considere como digna uma vida humana, se modificam junta-

mente com a modificação do contexto social – e o fundamento ético, como sugere Fernández, pode ser uma ferramenta a mais para guiar a tarefa do julgador na sua identificação e fundamentação no ordenamento, podendo funcionar, inclusive, como critérios de argumentação.

### **3. A Ética como preocupação crescente no Poder Judiciário: O Pós-positivismo e a Súmula Vinculante nº 13 do Supremo Tribunal Federal**

Questão tormentosa é a busca por uma definição ou conceito do que seja ética. Em conceito do Dicionário Michaelis, tem-se as seguintes definições:

1 Parte da Filosofia que estuda os valores morais e os princípios ideais da conduta humana. É ciência normativa que serve de base à filosofia prática. 2 Conjunto de princípios morais que se devem observar no exercício de uma profissão; deontologia. 3 Med Febre lenta e contínua que acompanha doenças crônicas. É. social: parte prática da filosofia social, que indica as normas a que devem ajustar-se as relações entre os diversos membros da sociedade.

Segundo Leonardo Boff, a origem etimológica da palavra deriva de “ethos”, que para os gregos significaria casa, devendo ser entendida, atualmente, como a ordenação do ambiente em que habitam todos os seres humanos, abrangendo todo o planeta.

Trata-se, na realidade, de sistematização teórica que busca estudar os valores que informam os relacionamentos interpessoais, a forma como as pessoas convivem e buscam se comportar para permanecer em harmonia com as demais.

A doutrina busca deixar nítida a distinção entre ética e moral.

O mesmo autor citado acima leciona que enquanto ética é parte da filosofia, busca orientar pessoas e sociedades a partir de concepções de fundo, princípios e valores; a moral se revela na vida concreta, expressando-se pelos costumes, hábitos e valores aceitos como válidos e valorosos em uma determinada comunidade, e em uma determinada época, salientando, aliás, que uma pessoa pode ser moral, por seguir os costumes da sociedade em que vive, mas não necessariamente ética, por haver costumes que eventualmente são questionados pela ética.

Também sempre se buscou diferenciar a ética e a moral do que se pode enquadrar e definir como sendo parte do direito e da ciência jurídica. Em que pese a semelhança de que tanto a moral como o direito são estabelecem preceitos voltados à disciplinar o convívio social, uma distinção fundamental é a coercibilidade estatal das regras e sanções jurídicas, que

podem ser forçosamente aplicadas ao indivíduo pelo Estado, independente de sua vontade, enquanto as regras exclusivamente morais permanecem apenas no campo da sanção social.

No entanto, a aproximação cada vez maior da teoria geral do direito e das teorias da argumentação com concepções valorativas e o incremento na importância dos princípios, defendida cada vez mais pela doutrina, ao mesmo tempo em que é fundamentada por uma concepção ética dos direitos humanos, como sugere Eusébio Fernandez, é também retrato da própria preocupação ética crescente, afastando-se de uma aplicação irrefletida e puramente positivista do direito – afastando-se, portanto, de uma separação tão rígida destes ramos como ocorreu no auge do movimento positivista puro.

Desta forma, concepções como estas vêm lastreando, cada vez mais, decisões e atitudes dentro do Poder Judiciário no momento da aplicação do direito, impondo uma filtragem constitucional e valorativa para evitar interpretações de determinadas condutas como legais, a despeito de se mostrarem notadamente antiéticas.

Além disso, esta crescente preocupação ética vem também informando, de maneira crescente, a noção de se exigir das autoridades e agentes públicos de pautarem suas próprias relações, pessoais e administrativas, entre si e com outras instâncias de Poder, não apenas pela estrita legalidade, mas também por conduta que se possa identificar e enquadrar como ética – visto ser notória a possibilidade de que algumas condutas legais revelarem-se desconformes com os parâmetros éticos.

Nesta esteira é que, em agosto de 2008, o Supremo Tribunal Federal, numa aplicação valorativa e pós-positivista do direito constitucional, entendeu que viola a Constituição Federal a nomeação de parentes, até o terceiro grau, de membros da Administração Pública para cargos em comissão ou função gratificada – inclusive mediante designações recíprocas, que nada mais é do que o chamado “nepotismo cruzado”. Vejamos a redação da Súmula:

Súmula Vinculante nº 13. A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da união, dos estados, do distrito federal e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a constituição federal.

Não há dificuldade em perceber que a conduta regu-

lada pela Súmula, antes da sua edição, tratava-se de exemplo de postura, dentro da Administração Pública, que não era objeto de regra legal específica e, portanto, poderia ser considerada conforme o ordenamento jurídico. De fato, inexistindo vedação legal expressa, numa visão puramente positivista, poderia ser considerada uma conduta conforme o ordenamento.

Por outro lado, numa análise valorativa, principiológica, levando em consideração as imposições que decorrem das finalidades constitucionais em relação à Administração Pública, em especial princípios basilares como a impessoalidade e o próprio princípio da moralidade, ambos previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, certamente a concessão de privilégios a pessoas exclusivamente em decorrência de seu parentesco com agentes públicos não poderia ser considerada conduta conforme o sistema jurídico como um todo.

Destarte, em decorrência de uma aplicação, interpretação e argumentação valorativa e pós-positivista do Supremo Tribunal Federal sobre as disposições constitucionais já existentes acerca da matéria, tornou-se positivada a concepção de que este preceito, anteriormente apenas ético, inegavelmente passou a ter caráter também jurídico, sob qualquer das visões adotadas, pois passou a ter aplicação vinculada pelos demais órgãos do Poder Judiciário e de observância obrigatória também no âmbito da Administração Pública.

### **4. Considerações finais**

Estabelecendo uma relação entre as concepções doutrinárias e acadêmicas mais atuais da ciência jurídica, as quais buscam conferir máxima efetividade às disposições jurídicas normativas, mediante instituição de concepções teóricas sobre hermenêutica constitucional, força normativa dos princípios, atuação positiva do Poder Judiciário, buscou-se demonstrar que vem existindo uma aproximação crescente da aplicação e integração das normas constitucionais e infraconstitucionais com a ética.

A ética busca estudar os valores que informam os relacionamentos interpessoais, a forma como as pessoas convivem e buscam se comportar para permanecer em harmonia com as demais, fornecendo uma sistematização teórica sobre estas questões.

Pois bem, na medida em que as formulações teóricas e acadêmicas mais atuais na ciência jurídica também destacam a importância de uma aplicação e interpretação do direito posto mais atenta às concepções valorativas que estão subjacentes ao ordenamento jurídico, em especial por força da vinculação aos princípios gerais de direito, denotam uma aproximação com o âmbito da ética na

aplicação do direito aos jurisdicionados em geral.

De fato, tendo em vista que os princípios tratam de previsões mais genéricas, destinadas a nortear uma filtragem valorativa na aplicação do direito, é inegável que o crescimento de sua presença nas decisões judiciais representa esta aproximação, sendo até mesmo defendida por alguns teóricos da filosofia do direito a existência de um fundamento ético, e não jusnaturalista, dos direitos humanos fundamentais, a exemplo de Eusébio Fernandez.

Mas não é só. A aproximação da ética com a ciência jurídica se revela, ainda, na interpretação e aplicação do direito aos próprios membros e integrantes do Poder Público, inclusive do Poder Judiciário, exigindo-lhes padrões éticos de comportamento entre si, e com outras instâncias de Poder, guiados não

apenas pela estrita legalidade – visto ser notória a possibilidade de que algumas condutas legais revelem-se desconformes com os parâmetros éticos.

Tanto assim que o Supremo Tribunal Federal decidiu positivar, através da Súmula Vinculante nº 13, preceito que anteriormente tinha apenas caráter ético, porque não tratado por qualquer regra jurídica específica, mas decorrente apenas de interpretação valorativa e principiológica dos preceitos aplicáveis à Administração Pública.

Passou, assim, a ostentar caráter indiscutivelmente jurídico a concepção considerando que viola a Constituição a nomeação de parentes, até o terceiro grau, de membros da Administração Pública para cargos em comissão ou função gratificada – inclusive mediante designações recíprocas.



## Referências

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17. Jan/Fev/Mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>> Acesso em 09 de abril 2009. p. 02.
- BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In 20 Anos da Constituição Brasileira. Eduardo Ribeiro Moreira (coord). São Paulo: Saraiva, 2009
- BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 9. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOFF, Leonardo. Ética e Moral. Disponível em <<http://www.leonardoboff.com/site/vista/outros/etica-e-moral.htm>>
- CRUZ, Luiz M. La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos : un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2005
- FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FERNÁNDEZ, Eusébio. El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos. In Anuário de Derechos Humanos, nº 01, Madrid: Instituto de Derechos Humanos. Universidade Complutense, 1982
- RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito, apêndice a Filosofia do Direito, p. 415-418.
- SCHIER, Paulo Ricardo. Os Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 04. Out/Nov/Dez. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>> Acesso em 11 de abril 2009. p. 02.

## Notas

- <sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial. In 20 Anos da Constituição Brasileira. Eduardo Ribeiro Moreira (coord). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 165.
- <sup>2</sup> RADBRUCH, Gustav. Cinco Minutos de Filosofia do Direito, apêndice a Filosofia do Direito, p. 415-418.
- <sup>3</sup> CRUZ, Luiz M. La Constitución como orden de valores: problemas jurídicos y políticos : un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Granada (Espanha): Editorial Comares, 2005, p. 14/15.
- <sup>4</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Os Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 04. Out/Nov/Dez. 2005. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-4-OUTUBRO-2005-PAULO%20SCHIER.pdf>> Acesso em 11 de abril 2009. p. 02.
- <sup>5</sup> ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: Entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17. Jan/Fev/Mar. 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/rede.asp>> Acesso em 09 de abril 2009. p. 02.
- <sup>6</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. 9. ed. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- <sup>7</sup> FERNÁNDEZ, Eusébio. El Problema del Fundamento de los Derechos Humanos. In Anuário de Derechos Humanos, nº 01, Madrid: Instituto de Derechos Humanos. Universidade Complutense, 1982, p. 87/93.
- <sup>8</sup> Para uma visão mais aprofundada, cf. o trabalho do autor (obra citada).
- <sup>9</sup> Idem, Ibidem, p. 97/98.
- <sup>10</sup> FERNÁNDEZ, op.cit., p. 98/99.
- <sup>11</sup> <http://michaelis.uol.com.br/>
- <sup>12</sup> BOFF, Leonardo. Ética e Moral. Disponível em <<http://www.leonardoboff.com/site/vista/outros/etica-e-moral.htm>>, p. 1.
- <sup>13</sup> Idem, Ibidem.
- <sup>14</sup> FERRAZ Jr. Tércio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 356/358.

# Ninguém faz tanto, com tanta energia.

RECORDE MUNDIAL DE PRODUÇÃO DE ENERGIA:

**103.098.366 MWh**

Integração  
que gera energia  
e desenvolvimento



itaipu.gov.br



# GONÇALVES COELHO

---

ADVOCACIA



**SÃO PAULO**

Avenida Brigadeiro Faria Lima, 1478/1201 – Jardim Paulistano – (55) 11 3815 9475

[www.gcoelho.com.br](http://www.gcoelho.com.br)