

# REVISTA

ESCOLA DA MAGISTRATURA REGIONAL FEDERAL 2ª REGIÃO

Volume 40

Nº 1 - Mai./Out.2024



Bento de Faria  
Ministro do STF



**EMARF**

The logo for EMARF (Escola da Magistratura Regional Federal) features a stylized graphic of three curved lines above the acronym 'EMARF' in a bold, sans-serif font.



**REVISTA  
DA ESCOLA DA  
MAGISTRATURA REGIONAL  
FEDERAL DA 2ª REGIÃO  
EMARF**

Tribunal Regional Federal da 2ª Região

Volume 40  
Mai./Out.24

---

Esta revista não pode ser reproduzida total ou parcialmente sem autorização

Revista da Escola da Magistratura Regional Federal / Escola da  
Magistratura Regional Federal, Tribunal Regional Federal da 2ª Região.  
N. 1 (ago. 1999)

Rio de Janeiro: EMARF - TRF 2ª Região / RJ 2024 - volume 40, n. 1 (mai/  
out.24)

Semestral

Disponível em: <[https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/  
EMARF](https://emarfrevista.trf2.jus.br/index.php/EMARF)>

ISSN 1518-918X

1. Direito - Periódicos. I. Escola da Magistratura Regional Federal.

CDD: 340.05

---

**Diretoria da EMARF**  
**(2023-2025)**

**Diretor-Geral**

Desembargador Federal Reis Friede

**Diretor de Intercâmbio e Difusão**

Desembargador Federal Luiz Antonio Soares

**Diretor de Cursos e Pesquisas**

Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro

**Diretor de Publicações**

Desembargador Federal Augusto Guilherme Diefenthaler

**Diretora de Estágios**

Desembargadora Federal Carmen Sílvia Lima de Arruda

**EQUIPE DA EMARF**

Márcia Teixeira Cavalcanti - Assessora Executiva

**Rio de Janeiro**

Bruno Benedetti Nicolau

Clarice de Souza Biancovilli

Flávia Dias de Paiva

Juliana Pimentel Duque Estrada Meyer

Leila Andrade de Souza

Luciana de Mello Leitão

Luiz Carlos Lorenzo Peralba

Maria Suely Nunes do Nascimento

Marta Geovana Fernandes de Oliveira

Mauro Nilson Figueiredo dos Santos

Sergio Mendes Ferreira

Sílvia Regina Assenheimer

**Espírito Santo**

Livia Peres Rangel

Alan Castro de Melo

---



---

## Conselho Editorial

### **Membros Natos (2023-2025)**

#### **Diretor-Geral da EMARF**

- **Reis Friede**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

#### **Diretor de Publicações da EMARF**

- **Augusto Guilherme Diefenthaler, Presidente do Conselho Editorial**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região

### **Membros Convidados**

- **André Ricardo Cruz Fontes**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
  - **Guilherme Calmon Nogueira da Gama**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
  - **Marcelo Pereira da Silva**  
Desembargador Federal - Tribunal Regional Federal da 2ª Região
-



---

## **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

### **Presidente**

Desembargador Federal GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

### **Vice-Presidente**

Desembargador Federal ALUISIO GONÇALVES DE CASTRO MENDES

### **Corregedora Regional**

Desembargadora Federal LETICIA DE SANTIS MENDES DE FARIA MELLO

### **Membros**

Desembargadora Federal VERA LÚCIA LIMA

Desembargador Federal SERGIO SCHWAITZER

Desembargador Federal POUL ERIK DYRLUND

Desembargador Federal ANDRÉ RICARDO CRUZ FONTES

Desembargador Federal REIS FRIEDE

Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES

Desembargador Federal GUILHERME COUTO DE CASTRO

Desembargador Federal JOSÉ ANTONIO LISBÔA NEIVA

Desembargador Federal JOSÉ FERREIRA NEVES NETO

Desembargador Federal LUIZ PAULO DA SILVA ARAÚJO FILHO

Desembargador Federal AUGUSTO GUILHERME DIFENTHAELER

Desembargador Federal MARCUS ABRAHAM

Desembargador Federal MARCELO PEREIRA DA SILVA

Desembargador Federal RICARDO PERLINGEIRO

Desembargadora Federal CLAUDIA MARIA PEREIRA BASTOS NEIVA

Desembargadora Federal SIMONE SCHREIBER

Desembargador Federal MARCELLO GRANADO

Desembargador Federal ALCIDES MARTINS RIBEIRO FILHO

Desembargador Federal THEOPHILO ANTONIO MIGUEL FILHO

Desembargador Federal WILLIAM DOUGLAS RESINENTE DOS SANTOS

Desembargador Federal FLÁVIO OLIVEIRA LUCAS

Desembargador Federal MAURO SOUZA MARQUES DA COSTA BRAGA

Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA

Desembargador Federal PAULO PEREIRA LEITE FILHO

Desembargador Federal FIRLY NASCIMENTO FILHO

Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA JUNIOR

Desembargadora Federal ANDRÉA CUNHA ESMERALDO

Desembargador Federal WANDERLEY SANAN DANTAS

Desembargador Federal MACÁRIO RAMOS JÚDICE NETO

Desembargador Federal LUIZ NORTON BAPTISTA DE MATTOS

---



---

# SUMÁRIO

---

APRESENTAÇÃO .....	11
A TRANSCENDÊNCIA DA MEMÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO.....	13
Albertina Maria Anastácio	
CNJ – PANORAMA – NA VISÃO DE UM ADVOGADO MILITANTE PERANTE O ÓRGÃO – DOS PRINCIPAIS TEMAS E TESES EM JULGAMENTO .....	45
Alexandre Pontieri	
DIREITO PROCESSUAL ORGÂNICO .....	73
André R. C. Fontes	
PESQUISA CLÍNICA, SEXO E GÊNERO: A DEVIDA INCLUSÃO DE MULHERES COMO PARTICIPANTES DE ESTUDOS CLÍNICOS .....	81
Anna Ascenção Verdadeiro de Figueiredo	
A EXALTAÇÃO DA LEI E O EMPOBRECIMENTO DO PENSAMENTO JURÍDICO .....	99
Cleber da Cruz Cunha	
O POSITIVISMO CRÍTICO-DECISIONAL DE JOHN WILLIAM SALMOND: BREVES NOTAS SOBRE “JUDICIAL RECOGNITION” E “ULTIMATE LEGAL PRINCIPLES” .....	121
José Alfredo dos Santos Júnior	
O RACISMO ESTRUTURAL NOS MECANISMOS DE RECONHECIMENTO CRIMINAIS .....	151
Marianna Vial Brito	
O PAPEL DO DIREITO, DA RELIGIÃO E DA MORAL COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL .....	169
Reis Friede	
AS CONTRIBUIÇÕES DA SEMÂNTICA E DA PRAGMÁTICA NOS MANUAIS DE INSTRUÇÕES DE PRODUTOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA LINGUÍSTICA FORENSE .....	187
Tadeu Luciano Siqueira Andrade	



---

# APRESENTAÇÃO

---

A Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região – EMARF lança o Volume 40, trazendo questões relevantes para o aprimoramento do debate e aperfeiçoamento do conhecimento.

Os artigos deste volume estão pautados em temas importantes do Direito, trazendo reflexões acerca da memória histórica do Poder Judiciário nacional, da liberdade de expressão e das redes sociais, da necessidade da disciplina de organização judiciária ser transformada em direito processual orgânico, da reavaliação das recomendações de boas práticas e das regulamentações da ética em pesquisa clínica, da demonstração de como o racismo afeta a conjuntura social da população negra e na esfera jurídica e, ainda, a relação entre o Direito, a Religião e a Moral.

As contribuições deste volume seguem a linha da dedicação ao debate jurídico plural e ao aprimoramento da prestação jurisdicional, como de costume.

Registro os agradecimentos aos autores por fornecerem aos nossos leitores trabalhos de tão alto nível e qualidade.

**Reis Friede**

Desembargador Federal  
Diretor-Geral da EMARF



---

# *A TRANSCENDÊNCIA DA MEMÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO*

---

*Albertina Maria Anastácio<sup>1</sup>*

**Resumo:** Objetivos: O presente trabalho tem por objetivo promover o debate sobre a preservação da Memória da história do Poder Judiciário nacional. Métodos: Os resultados são obtidos por uma metodologia qualitativa, pelos métodos teóricos e empíricos, tendo sido perpetrada uma pesquisa bibliográfica e documental, analisando, inclusive as possíveis contradições epistemológicas entre a conceituação observada. Resultados e Conclusões: Identifica-se os seguintes resultados e conclusões: a) A existência de diversas modalidades de memória e a suas importâncias para a constituição das identidades; b) A memória individual se relaciona com a memória coletiva e ambas constituem a memória histórica; c) A implementação da Agenda 2030, da ONU, irá fomentar áreas de grande relevo para a humanidade, inclusive diante de seus objetivos, a construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, em prol de um desenvolvimento sustentável de todos os Povos; d) O Poder Judiciário tem um papel transcendental no processo democrático e desenvolvimentista, ante o seu dever funcional em concretizar os ODS da Agenda 2030, da ONU, no que lhe couber; bem como, e) Por meio do resgate histórico, é possível escrever o futuro, evitando-se os erros do passado para que o Brasil atinja o grau de desenvolvimento sustentável.

**Palavras-chave:** Memória - Acesso à informação - Agenda 2030 da ONU - Poder Judiciário - Desenvolvimento Sustentável.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Bioética, Ética Aplicada e Saúde Coletiva do Programa de Pós-Graduação do PPGBIOS, um Programa em Associação da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), Universidade Federal Fluminense (UFF), Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ); Mestre em Justiça Administrativa (Direito e Economia) – Mestrado Profissional, pela Universidade Federal Fluminense (UFF) e Mestre em Economia Empresarial, pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Assistente de Desembargador Federal do TRF da 2ª. Região.

## THE TRANSCENDENCE OF THE JUDICIAL POWER MEMORY FOR THE DEVELOPMENT

**Abstract:** Objectives: The aim of this work is to promote the debate on the preservation of the memory of the history of the national Judiciary. Methods: The results are obtained through a qualitative methodology, through theoretical and empirical methods, having carried out bibliographical and documentary research, analyzing, including possible epistemological contradictions between the observed conceptualization. Results and Conclusions: Identify the following results and conclusions: a) The existence of different types of memory and their importance for the constitution of identities; b) Individual memory is related to collective memory and both are specific to historical memory; c) The implementation of the UN Agenda 2030 will promote areas of great relevance for humanity, including in view of its objectives, the construction of effective, responsible and inclusive institutions at all levels, in favor of sustainable development of all People; d) The Judiciary has a transcendental role in the democratic and developmental process, given its functional duty to achieve the SDGs of the UN 2030 Agenda, as far as it is concerned; as well as, e) Through historical recovery, it is possible to write the future, avoiding the mistakes of the past so that Brazil reaches the level of sustainable development.

**Keywords:** Memory - Access to Information - UN Agenda 2030 - Judiciary - Sustainable Development.

## INTRODUÇÃO

Dentre as múltiplas indagações do homem, surge aquela em que nos perguntamos a razão de numa tourada, o touro morrer sempre no lugar em que a mesma foi iniciada. Desdobrando esse pensamento, avaliamos que, o evento morte quando, por exemplo, ocorre no Exterior, a Família costuma trazer o corpo para o país dessa pessoa falecida e ainda, realiza a cerimônia crematória ou o enterro em sua Cidade natal. As ciências humanas e sociais têm demonstrado que esses comportamentos nos lembram do sentimento de pertencimento a um lugar específico, ou mesmo, a um grupo social.

Nesse seguimento, denota-se a sublimidade do estudo quanto à identidade de um povo, como também de suas relações com o próprio sentimento de memória individual e coletiva, no transcurso histórico, abrangendo, inclusive, a memória cultural.

Urge desenvolver uma consciência que não se limita ao homem, mas em sua

identidade, mas também às relações com a memória individual e coletiva que constituem a memória cultural de um grupo inteiro, a de um povo, promovendo uma educação plena de cidadania.

A curiosidade sobre a origem é uma característica que pode ser observada até nas crianças, que mesmo adotadas, buscam por sua Família original. Isso ocorre ante a necessidade humana em obter o domínio do conhecimento da identidade individual e grupal, pela sabença e compreensão de suas raízes, dessa memória individual e coletiva, promovendo o desenvolvimento, pela valoração da cidadania.

Uma pessoa com amnésia, por exemplo, que tem o seu passado apagado, a sua memória em forma de uma tela branca e vazia causa angústia, aflição, desespero ou diversas outras sequelas psíquicas para o paciente, ante a impossibilidade de se lembrar, quem é, a sua identidade pessoal e o seu passado.

Outra situação que é mister apontar, seria a situação do apátrida, que no fundo, não pertence a nenhum país, embora possa viver em um país desenvolvido, trabalhar e ter até um *status* social. Ou ainda, aos filhos de um diplomata, que por força de sua profissão, tem o hábito de mudar de domicílio e assim, de tempos em tempos, muda de país. Os seus filhos que estão na escola, buscando adaptarem-se aos colegas, ao ensino ou mesmo à casa, que tem objetos não pessoais, mas que na realidade “são emprestados” e assim, com tantas mudanças, justamente quando eles começam a se adaptar com o “novo”, um outro país, uma outra língua, costumes e tradições, são obrigados a se mudarem de país outra vez, o que faz surgir a sensação de morar em verdadeiros “castelos”, mas nenhum deles estará na memória como “minha casa”.

A sensação de pertencimento a algum lugar, a um grupo, a ter uma casa com objetos pessoais seus, ou frequentar uma escola, que é a continuação de um lar, enfim, é algo que conforta, o que traz à tona, a discussão da relevância da memória pessoal que também se une à memória coletiva; e que juntas, unem-se para formar e memória histórica de um povo e assim, constituir a identidade pessoal e coletiva.

Nesse ângulo, o processo de resgate de memória não é estático, mas é uma busca de interação constante não apenas na identidade, mas também na correlação entre o homem e a sociedade.

Na esteira desse pensamento, é preciso preservar o patrimônio histórico nacional para que se possa constituir uma memória coletiva de uma nação, isto porque a memória coletiva irá contribuir para reconstruirmos a história de um povo ou de uma nação; e é através da história que conseguimos compreender o passado e assim, escrever um novo futuro para o país. Por isso, o processo de valorização do patrimônio histórico cultural irá moldar a identidade de um povo, que é resultante de sua memória e de sua história, quando será possível preservar um futuro para determinado país, construindo uma sociedade livre, justa e solidária, nos moldes do inciso I, do artigo 3º, da Constituição da República, de 1988, como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

O Poder Judiciário brasileiro também apresenta a sua Memória e essa precisa ser mantida em seus documentos, arquivos, memoriais, processos, bibliotecas, museus, imóveis, personalidades e objetos, pela gestão de Memória, tema de sublime relevância para o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que tem procurado administrar e orientar aos Tribunais, quanto ao acesso à informação. Mesmo porque o Poder Judiciário tem um papel essencial na maestria da garantia do acesso à informação, como também, na narração da história da Justiça brasileira. O Poder Judiciário, em respeito aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), da ONU, garante o acesso à informação à memória da Justiça, promovendo assim, a cidadania, rumo a um desenvolvimento sustentável, através de pesquisa, conservação, restauração, reserva técnica, comunicação, ação cultural e educativa de sua Memória.

O presente trabalho desenvolve o tema em 03 (três) abordagens: (i) memória de um povo; (ii) o patrimônio nacional e os Arquivos Nacionais, como também, (iii) a Memória do Poder Judiciário e o Acesso à Informação, como fatores de desenvolvimento sustentável, indicando uma interseção das variáveis para que o estudioso do tema possa ter uma visão multidisciplinar da transcendência da Memória do Poder Judiciário Brasileiro e o próprio desenvolvimento sustentável, nos moldes da AGENDA 2030, da ONU.

## **1. MEMÓRIA DE UM POVO**

*Prima facie*, diante da presente temática, é preciso perguntar: o que seria a memória de um povo? Trata-se de um tema plurifacetado. Isto porque o legado

pessoal conta a história nacional, como forma de herança política e social que será deixada para as gerações futuras, enfim, para a humanidade.

No âmbito das ciências humanas a memória coletiva apresenta relevância às memórias individuais, que o homem atualiza impressões e as considera como passadas. Verifica-se a existência de multidisciplinariedade, por envolver, simultaneidade de diversas áreas, tais como, a antropologia, psicologia, ciência política, direito, psiquiatria, bioética, dentre diversas outras.

### 1.1. AS MEMÓRIAS INDIVIDUAL E COLETIVA

Halbwachs (2006) apregoa que “para confirmar ou recordar uma lembrança, não são necessários testemunhos no sentido literal da palavra, ou seja, indivíduos presentes sob uma forma material e sensível.” (2006, p. 31) De fato, toda memória individual irá influenciar para a formação da identidade do indivíduo, o que nos leva inclusive, à memória coletiva.

O autor vê uma integração entre a memória individual e a memória coletiva, conforme se pode observar adiante:

Contudo, se a memória coletiva tira sua força e sua duração por ter como base um conjunto de pessoas, são os indivíduos que se lembram, enquanto integrantes do grupo. Dessa massa de lembranças comuns, umas apoiadas nas outras, não são as mesmas que aparecerão com maior intensidade a cada um deles. De bom grado, diríamos que cada memória individual é um ponto de vista sobre a memória coletiva, que este ponto de vista muda segundo o lugar que ali ocupo e que esse mesmo lugar muda segundo as relações que mantenho com outros ambientes. (HALBWACHS, 2006, p. 69)

O autor realiza uma ponte entre a memória coletiva e o tempo, existindo poucas sociedades que não tenham deixado alguma espécie de vestígio nos grupos mais recentes, consoantes palavras infracitadas:

Quando uma sociedade é submetida a um remanejamento profundo, parece que a memória atinge por duas vias diferentes as lembranças que correspondem a esses dois períodos sucessivos, e não passa de um a outro de modo contínuo. Na realidade, há dois tempos em que se conservam dois contextos de pensamento, e temos de substituir tanto um como outro para encontrar as lembranças em cada um dos contextos em que estão localizados. Para encontrar

uma cidade antiga no labirinto das ruas novas que pouco a pouco as circundaram e transformaram, as casas e monumentos que ora descobriram e apagaram bairros antigos, ora encontraram seu lugar no prolongamento e no intervalo das construções de outrora, não voltamos do presente ao passado seguindo em sentido inverso e de modo contínuo a série de obras, demolições, traçados de vias etc. que modificaram progressivamente a aparência desta cidade. Para reencontrar as vias e monumentos antigos, conservados ou desaparecidos, nós nos guiamos pelo plano geral da cidade antiga, nos transportamos para ela em pensamento, o que sempre é possível para os que nela viveram, antes que houvessem ampliado e reconstruído os velhos bairros, e pelos pedaços de muros que permaneceram de pé, essas fachadas de um outro século, esses trechos de rua guardam seu significado de outrora. Na cidade moderna encontramos particularidades da cidade antiga, porque só temos olhos e pensamentos para esta. Assim, quando em uma sociedade que se transformou subsistem vestígios de que primitivamente foi, os que a conheceram em seu estado primeiro também podem fixar sua atenção nos vestígios antigos que lhe proporcionam o acesso a um outro tempo e um outro passado. São poucas as sociedades em que tenhamos vivido por algum tempo que não subsistam, que não tenham deixado pelo menos algum vestígio seu nos grupos mais recentes em que mergulhamos – a subsistência desses vestígios basta para explicar a permanência e a continuidade do tempo próprio para esta sociedade antiga e para que nos seja possível nela penetrar pelo pensamento a qualquer momento. (HALBWACHS, 2006, ps. 152/153)

Sob o ponto de vista da memória coletiva, o mesmo autor lembra que um mesmo indivíduo é membro de diversos grupos, ao mesmo tempo, em uma região do espaço e dessa forma, apresenta impactos diferenciados.

Agora nos posicionemos no ponto de vista dos indivíduos. Cada um é membro de diversos grupos, participa de diversos pensamentos sociais, seu olhar mergulha sucessivamente em vários pensamentos coletivos. Já é um elemento de diferenciação individual o fato de que, num mesmo período, em uma região do espaço, não é entre as mesmas correntes coletivas que se dividem as consciências dos diversos homens. Além do mais, seus pensamentos recuam mais ou menos longe, mais ou menos depressa no passado ou no tempo de cada grupo. É neste sentido que as consciências concentram num mesmo intervalo durações mais ou menos extensas, digamos que em um

mesmo intervalo de duração social vivida elas mantêm uma extensão mais ou menos grande de tempo representado. Naturalmente, neste aspecto há grande diferenças entre elas. (*Ibid*, p. 153)

No que diz respeito ao plano espacial, cumpre ressaltar, por oportuno, que a justaposição entre o passado e o presente muitas vezes não tangencia o espaço. Halbwachs assevera que a memória embora possa cruzar a linha do tempo, saindo do presente para visitar o passado, não modifica a estabilidade do espaço.

Agora devemos nos recolher, fechar os olhos, retroceder no tempo o mais longe possível, até onde nosso pensamento consiga se fixar em cenas ou pessoas cuja lembrança conservamos. Jamais saímos do espaço. Além disso, não voltamos a nos encontrar num espaço indeterminado, mas em regiões que conhecemos ou que sabemos muito bem que poderíamos localizar, pois sempre fizeram parte do ambiente material em que hoje estamos. Não adianta me esforçar para apagar este círculo do meio local, para me ater às sensações que tive ou às reflexões que outrora fiz. Sensações, reflexões e quaisquer fatos, devem ser postos num local onde já residi ou pelo qual passei nesse momento e continua existindo. Procuremos ir mais longe. Quando tocamos na época em que já não conseguimos imaginar os lugares, nem mesmo confusamente, chegamos também a regiões do passado que nossa memória não atinge. Portanto, não é exato dizer que, para lembrar, é preciso que nos transportemos em pensamento fora do espaço, pois ao contrário é justamente a imagem do espaço que, em função de sua estabilidade, nos dá a ilusão de não mudar pelo tempo afora e encontrar o passado no presente – mas é exatamente assim que podemos definir a memória e somente o espaço é estável o bastante para durar sem envelhecer e sem perder nenhuma de suas partes. (*Ibid*, 2006, ps. 188/189)

## 1.2. A MEMÓRIA HISTÓRICA OU PARA A HISTÓRIA

Em tempos remotos, a história deu prevalência aos documentos escritos, mas hodiernamente, os próprios historiadores, arquivistas, arqueólogos, dentre outros profissionais buscam construir a história como é realmente e nesse sentido, ponderam quanto à exclusividade de documentos escritos que excluem os marginalizados, quais sejam, os que vivem à margem da sociedade, tais como, aqueles que vivem nas comunidades tradicionais (indígenas, quilombolas, ciganos, matriz africana, seringueiros, castanheiros, quebradeiras de coco-de-

babaçu, pescadores artesanais, marisqueiras, ribeirinhos, varjeiros, caiçaras, praieiros, sertanejos, jangadeiros, ciganos, açorianos, campeiros, pantaneiros e o que mais se ofereça). Esses grupos de minorias que se consubstanciam nos oprimidos sociais eram colocados à margem não só da sociedade, mas também da própria história. Com o reconhecimento da história oral, foram incluídos, os negros, as crianças, as mulheres, os homossexuais, enfim, diversas classes de pessoas.

Nesse passo, verifica-se que a memória individual e a coletiva coexistem e constroem a própria memória histórica, que traz em seu bojo, o papel de preservação e de comunicação às futuras gerações dos reais acontecimentos históricos do passado, como memória viva que será transmitida, inclusive pelas tradições.

Importa registrar que muitas vezes, o acervo pessoal vinha de forma lisonjeira, como Schwarcz (2002) narra sobre os livros e documentos que vieram com D. João VI para o Brasil:

Entre as pratarias, joias, louças, livros, mapas, moedas, documentos de Estado e outros bens de valor que se conseguiu juntar nos navios que deixaram Lisboa em novembro de 1807, não constava uma remessa importante: os caixotes de livros, documentos, gravuras e outras preciosidades da Real Biblioteca. Na pressa, acabaram ficando abandonados no porto, e lá permaneceram, debaixo de sol e chuva, até retornar ao Palácio da Ajuda. Enquanto isso, d. João, em meio a tantos contratemos, só tomava conhecimento do infortúnio algum tempo após sua chegada ao Rio de Janeiro. (SCHWARCZ, 2002, p. 262)

De fato, a biblioteca real que se encontrava em Portugal foi transferida para o Brasil, que havia se tornado um porto seguro, ante o risco de novas investidas napoleônicas.

A autora esclarece, ainda, que “E como a terceira tentativa de ocupação francesa, novamente foram dadas ordens para embarcar arquivos da Casa Real e as Bibliotecas Públicas e Régias.” (*Ibid.* p. 266)

Deve ser ressaltado, que a documentação trazida compôs, em grande parte, o acervo da Biblioteca Nacional, mas serve até hoje, como memória histórica de um povo.

### 1.3. A MEMÓRIA SOCIAL

A memória social se perfaz quando se observa a transmissão desde a primeira infância pela tradição oral, ou mesmo de forma mais física, através de monumentos e documentos, inclusive por mídias, ou por quaisquer outros meios que possa ser transmitida às gerações futuras.

Existe uma linha que separa o que deve ser transmitido, como tradição de um povo, como a sua memória social daquilo que deve ser esquecido, pois a memória social não é apenas relatar todos os acontecimentos do passado. A memória social é seletiva. Assim, um documento para ser considerado um bem de uma instituição arquivística, ele passa por uma seleção, que não é imutável ou sistemática.

Diversos pesquisadores ao examinarem os documentos de um arquivo e após um longo processo de seleção, deverão reconhecer que aquele documento deverá ser arquivado, considerando que vale a pena a sua guarda, como um referencial da memória de um povo, ante ao reconhecimento de que vale a pena ser conhecido o seu valor.

### 1.4. O PAPEL DA MEMÓRIA NA FORMAÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL

Pollak (1992) conceitua a identidade como um reflexo da própria pessoa e nesse processo de construção de identidade, verifica-se 03 (três) elementos essenciais: a unidade física, a continuidade dentro do tempo e o sentimento de coerência, conforme se observa a seguir:

[...] é a imagem que uma pessoa adquire ao longo da vida referente a ela própria, a imagem que ela constrói e apresenta aos outros e a si própria, para acreditar na sua própria representação, mas também para ser percebida da maneira como quer ser percebida pelos outros.

Nessa construção da identidade - e aí recorro à literatura da psicologia social, e, em parte, da psicanálise - há três elementos essenciais. Há a unidade física, ou seja, o sentimento de ter fronteiras físicas, no caso do corpo da pessoa, ou fronteiras de pertencimento ao grupo, no caso de um coletivo; há a continuidade dentro do tempo, no sentido físico da palavra, mas também no sentido moral e psicológico; finalmente, há o sentimento de coerência, ou seja, de que os diferentes elementos

que formam um indivíduo são efetivamente unificados. De tal modo isso é importante que, se houver forte ruptura desse sentimento de unidade ou de continuidade, podemos observar fenômenos patológicos. Podemos portanto dizer que a memória é um elemento constituinte do sentimento de identidade, tanto individual como coletiva, na medida em que ela é também um fator extremamente importante do sentimento de continuidade e de coerência de uma pessoa ou de um grupo em sua reconstrução de si. (POLLAK, 1992, p. 204; grifos ausentes no original)

No mesmo trabalho, o autor busca esclarecer a concepção de identidades coletivas, que apresentam um liame com o grupo a que o indivíduo pertença, através da unidade, continuidade e coerência.

Por identidades coletivas, estou aludindo a todos os investimentos que um grupo deve fazer ao longo do tempo, todo o trabalho necessário para dar a cada membro do grupo – quer se trate de família ou de nação – o sentimento de unidade, de continuidade e de coerência. (Ibid, p. 207)

Em conformidade com o autor, a identidade é o espelho do próprio indivíduo, que apresenta as características supracitadas de unidade física; continuidade dentro do tempo e o sentimento de coerência, devidamente elucidado por Pollak. Sendo essas características também presentes quando se tratar da identidade coletiva que estabelece uma ligação entre o ser humano e o seu grupo, a qual pertença.

## **1.5. A LINGUAGEM COMO REFLEXO DA MEMÓRIA INDIVIDUAL**

A memória individual é expressada pela linguagem, que pode ser falada, escrita ou em forma de desenhos, pinturas, dentre outras formas. O interlocutor, usa de sua memória e sua imaginação para compor, por exemplo, no intuito de se comunicar com o resto da humanidade. Mesmo quem não saiba escrever ou quem não tenha talento para compor ou ainda, apresente uma incapacidade para falar, há sempre uma maneira de se expressar e assim, aperfeiçoar o processo linguístico, pela comunicação com os outros e com o mundo que o cerca.

## 2. O PATRIMÔNIO NACIONAL E OS ARQUIVOS NACIONAIS

A ideia de patrimônio nacional se consolidou no período das grandes guerras mundiais, qual seja, de 1914, quando iniciou a primeira guerra mundial a 1945, período do início da fase do pós-guerra, quando se impulsionou com uma força motora o nacionalismo, que foi personificado, dentre diversas matizes, pelo patrimônio.

O patrimônio nacional, em sua fase inicial, apresentava um viés concreto, por meio de edifícios, monumentos, enfim, estruturas físicas em forma de bem material, que apresentavam um valor simbólico, como espelho de uma identidade nacional.

No Brasil, o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (SPHAN) foi criado em 1936. Celso Castro (2008) aponta alguns prédios do SPHAN:

No Brasil, o Serviço de Patrimônio Histórico e Artístico (SPHAN) foi criado em 1936. As ações em defesa do patrimônio brasileiro promoveram, prioritariamente, a seleção de edifícios e igrejas católicas do período colonial – em estilo barroco – e de palácios governamentais, escolhas justificadas por seus vínculos com a história oficial da nação. A arquitetura de “pedra e cal” foi elevada à condição de marca nacional de um Estado sólido, e os bens culturais não pertencentes à elite permaneceram relegados ao esquecimento. (CASTRO, 2008, p. 13)

Com o tempo, houve uma evolução quanto à concepção de patrimônio nacional, abrangendo, inclusive os bens imateriais, tendo o Brasil aprovado o decreto nº. 3.551, de 04 de agosto de 2000, que trata do registro de bens culturais de natureza imaterial, que constituem o patrimônio cultural brasileiro e cria o Programa Nacional do Patrimônio Imaterial, surgindo assim, em consonância com a redação do § 1º, do Artigo 1º, (i) o Livro de Registro dos Saberes (inciso I); (ii) o Livro das Celebrações (inciso II); (iii) o Livro das Formas de Expressão (inciso III), e (iv) o Livro de Registros dos Lugares relativos aos rituais e festas que marcam a vivência coletiva do trabalho, da religiosidade, do entretenimento e de outras práticas da vida social (inciso IV).

Em nível internacional, cumpre ressaltar que houve uma ruptura no plano mundial, quanto ao conceito fechado de nação, que reconhece tão somente, como identidade de um povo, a existência de uma só língua e cultura, com suas tradições próprias (e fechadas). Nessa concepção, foi reconhecida a relevância da

diversidade para a humanidade como um todo, sendo realizada na Conferência Geral da Unesco, em 1972 e reconhecidos alguns sítios como “patrimônio da humanidade”, que no caso, têm o pertencimento a todos os povos, embora, estejam fisicamente, localizados em uma determinada nação.

## **2.1. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E CULTURA (UNESCO)**

A Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO) está sediada em Paris, em França e foi criada em 04 de novembro de 1946, com o fito de promover a paz e a segurança no plano mundial, através dos instrumentos de educação, ciências e cultura, apresentando, dessa feita, 05 (cinco) programas, quais sejam: (i) educação; (ii) ciências naturais; (iii) ciências sociais/humanas; (iv) cultura e (v) comunicação/informação.

A educação é considerada como um objetivo primordial da UNESCO, que apresenta como uma de suas grandes metas, a erradicação do analfabetismo no mundo.

As ciências sociais e humanas abrangem atividades de criação, além de preservar as tradições culturais dos povos, como também, de incentivar à leitura e a preservação e divulgação de bibliografias.

A informação consiste na divulgação de ideias e subsídios, em prol da diversidade de comunicação dos países, do mesmo modo que o fomento da liberdade de imprensa.

## **2.2. O ARQUIVO NACIONAL**

A lei brasileira de nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados e dá outras providências, apresenta no inciso I, do art. 2º, o seguinte conceito de arquivos:

Art. 2º - Consideram-se arquivos, para os fins desta Lei, os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por órgãos públicos, instituições de caráter público e entidades privadas, em decorrência do exercício de atividades específicas, bem como por pessoa física, qualquer que seja o suporte da informação ou a natureza dos documentos.

Por seu turno, a redação do art. 3º, do mesmo diploma legal conceitua gestão de documentos, pelo que se verifica, a seguir:

Art. 3º - Considera-se gestão de documentos o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à sua produção, tramitação, uso, avaliação e arquivamento em fase corrente e intermediária, visando a sua eliminação ou recolhimento para guarda permanente.

O patrimônio arquivístico comum abrange tanto os Arquivos de um Estado, quanto os Arquivos de um Organismo. Nesse seguimento, insta relembrar o conceito de organismo, em conformidade com a perspectiva de Jean-Yves Rousseau e Carol Couture (1998), in verbis:

o conjunto de pessoas que têm como finalidade a realização de objectivos comuns ligados a uma mesma missão, quer esta seja pública ou privada, e que pode ser considerada pessoa moral. É no seio do "organismo" que se irão encontrar os "fundos" que o constituem, quer estes sejam abertos ou fechados, recentes ou antigos, organizados ou não. (ROUSSEAU e COUTURE, 1998, ps. 133-134)

Nesta sequência, no intuito de analisar melhor a temática sobre o Arquivo Nacional, convém avaliar alguns Arquivos Nacionais de alguns Países.

#### **a) Arquivo Histórico do Parlamento Europeu**

O Arquivo Histórico do Parlamento Europeu consubstancia-se na modalidade de Arquivos que irá reviver a própria história da integração Europeia e ressaltar a participação do Parlamento Europeu para a promoção dessa interação. Essa instituição foi criada em 1952, na Assembleia Comum da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço e apresenta um grande acervo composto de documentos, mídias, fotografias e o que mais se ofereça, podendo ser consultado por todos os cidadãos, seja por escrito ou através de forma física nas instalações do mesmo.

#### **b) Arquivos Nacionais do Canadá**

Os Arquivos Nacionais do Canadá, antes denominados como Arquivos Públicos do Canadá, em 2004, unificaram-se à Biblioteca Nacional do Canadá. Assim, hoje são denominados de Biblioteca e Arquivos do Canadá (Bibliothèque et Archives Canada (BAC)), podendo ser verificada a Figura 1, relativa ao Centro de Quebec:

Figura 1 :Centro de Preservação da Biblioteca e Arquivos do Canadá, Quebec



Fonte: Library-archives.Canada

Trata-se de uma Instituição de memória nacional que tem como escopo a preservação da identidade e história do Canadá, através da aquisição, conservação e patrimônio documentário do Canadá, zelando assim, pela memória canadense.

No Canadá, os Arquivos Nacionais são administrados pelo Ministro do Patrimônio canadense e são dirigidos por um arquivista nacional. Existem os Arquivos federais, além dos arquivos provinciais e municipais.

### **c) Arquivos Nacionais dos Estados Unidos da América (EUA)**

Rousseau e Couture (1998) esclarecem que os Arquivos de cada um dos Estados dos EUA são descentralizados, em relação aos arquivos Nacionais, denominados de National Archives and Records Administration (NARA).

Os Estados Unidos possuem um sistema de arquivos descentralizado tal como o Canadá. Os arquivos de cada um dos estados são autônomos dos Arquivos Nacionais (NARA), quer do ponto de vista jurídico quer do ponto de vista administrativo.

A jurisdição do NARA diz respeito aos arquivos da administração federal incluindo os do Congresso, dos tribunais, do presidente e do vice-presidente, da Câmara dos Deputados etc. (Ibid., p. 165)

Os Arquivos Nacionais dos Estados Unidos da América (EUA), em inglês "National

Archives and Records Administration (NARA)” são uma agência independente do governo norte-americano com a competência de proteger e preservar os seus registros, que compõe o patrimônio público documental e digital.

#### **d) Arquivos Federais da Alemanha**

A Alemanha criou o seu Arquivo Federal, em 1919, data posterior a de alguns países da Europa, que reunia documentos do governo alemão, referente ao período da (i) Confederação do Norte da Alemanha, em 1867, além da (ii) Confederação Alemã mais antiga, como também (iii) do Tribunal da Câmara Imperial, reunindo assim, documentos alemães, desde o ano de 1411.

Nesse Arquivo original havia, ainda, documentos e filmes referentes ao governo alemão mais recente. Lamentavelmente, cerca de metade do acervo do Arquivo Federal alemão original foi perdido na II Guerra Mundial. Impende ressaltar, no entanto, que após essa Grande Guerra, em 1946, foi criado o Arquivo Central alemão, que em 1973 foi denominado de Arquivo Central do Estado.

Em 1952, foram criados, em Koblenz, os Arquivos Federais Alemães ou Bundesarchiv (BArch), na Alemanha Ocidental, que é o Arquivo Nacional Oficial da Alemanha, consoante ilustração, a seguir, na Figura 2, da Sede do Arquivo Federal da Alemanha, em Koblenz. Confira-se:

Figura 2: Sede do Arquivo Federal da Alemanha, em Koblenz



Fonte: BArch, B 198 Bild-2016-0922-001 / Weber, Günter (Disponível em: <<https://www.bundesarchiv.de/EN/Navigation/Home/home.html>>. Acesso em: 17 fev. 2024)

O Bundersarchiv é hoje, o Arquivo oficial do governo alemão, que reúne os documentos originários do *Reich* alemão, da República Democrática Alemã e da República Federal da Alemanha. Trata-se de uma agência governamental com o fito de salvaguardar o patrimônio documental e cinematográfico da Alemanha, estando sob a responsabilidade do Governo Federal para a Cultura e Mídia, na Chancelaria Federal alemã.

Em 1988, com a Lei dos Arquivos Federais, houve regulamentação das competências e atribuições do Arquivo Federal alemão.

Em 1990, com a reunificação da Alemanha, o Arquivo Federal da Alemanha Ocidental também foi unificado com o Arquivo Central do Estado da Alemanha Oriental. No Arquivo Central também se encontram hoje o acervo do Arquivo Nacional de Filmes e os Arquivos Militares da Alemanha Oriental, unindo assim, esses Arquivos no aludido Arquivo Central.

#### **e) Arquivos Nacionais da França**

Os Arquivos Nacionais da França nasceram da Revolução, inexistindo no início nenhuma preocupação em arquivar e preservar documentos, por parte da Monarquia, conforme ensina FAVIER (2004).

Os Arquivos Nacionais, sob esse nome, nasceram da Revolução. Mas, enquanto muitas instituições da Nação podiam tomar, como a Biblioteca, a Moeda, a Imprensa ou a Indústria, o lugar de instituições “reais” e denominavam “nacionais”, a monarquia francesa nunca tinha criado um serviço de Arquivos reais e não foi o suficiente para levar a cabo. Se a decisão de Philippe Auguste, tomada em 1194, de não se aventurar nos campos de batalha, seu tesouro de cartas e relatos é, em muitos aspectos, o verdadeiro começo da preocupação com a conservação, convém não exagerar sua importância, já considerável. Na mente do primeiro dos grandes capetos, não se tratava de criar um depósito central dos arquivos do rei. (tradução nossa). (FAVIER, 2004, p. 9)

Rosely Curi Rondinelli (2005) apregoa sobre o início da arquivologia em França, como também esclarece a importância da França para a arquivística internacional, com a promulgação do princípio da proveniência, a ser aplicado no tratamento dos arquivos, conforme texto infratranscrito:

O primeiro se refere à criação do Arquivo Nacional da França, em 1789, como Arquivo da Assembleia Nacional. Mais tarde, em 1794, foi transformado em depósito central dos arquivos do Estado, ao qual se subordinavam os arquivos provinciais. Ao criar o Arquivo Nacional, o Estado francês assumia seu papel de guardião dos documentos arquivísticos por ele acumulados. O passo seguinte foi o reconhecimento do direito público de acesso aos arquivos (Decreto Messidor, art. 37).

O terceiro momento importante foi a criação, em 1821, também na França, da *École Nationale des Chartes*, a qual fortaleceu a arquivologia culturalista dos arquivos. Tal concepção se refletia numa organização dos documentos que privilegiava a classificação por assunto em detrimento do arranjo<sup>2</sup> dos conjuntos documentais.

O terceiro marco histórico veio mais uma vez da França, materializando-se em uma medida administrativa que alterou para sempre o tratamento dos arquivos. Em 1841, o historiador e arquivista francês Natalis Du Wailly promulgou o princípio da proveniência, ao sugerir ao ministro do Interior a emissão de uma circular determinando que os documentos fossem reunidos por fundos, isto é, pelos órgãos de origem. A partir daí o princípio passou a ser aplicado em muitos países, mas sua consagração definitiva se deu somente em 1964, durante o V Congresso Internacional de Arquivos, realizado em Bruxelas, quando se tornou um dos princípios básicos do campo do conhecimento arquivístico. (RONDINELLI, 2005, p. 40)

## f) Arquivo Nacional do Brasil

O Arquivo Nacional do Brasil é a instituição brasileira que tem a competência de gestão, preservação e difusão de documentos da administração pública federal.

A lei brasileira de nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, supracitada, dispõe no bojo do *caput* do art. 7º, o seguinte conceito de arquivos públicos:

Art. 7º - Os arquivos públicos são os conjuntos de documentos produzidos e recebidos, no exercício de suas atividades, por órgãos públicos de âmbito federal, estadual, do Distrito Federal e municipal em

---

<sup>2</sup> Segundo Walne (1198:23), “arranjo se refere a operações intelectuais envolvidas na organização de documentos correntes e permanentes com base no princípio da proveniência, de modo a refletir a estrutura administrativa e/ou as funções do órgão gerador desses documentos”.

decorrência de suas funções administrativas, legislativas e judiciárias.

§ 1º - São também públicos os conjuntos de documentos produzidos e recebidos por instituições de caráter público, por entidades privadas encarregadas da gestão de serviços públicos no exercício de suas atividades.

§ 2º - A cessação de atividades de instituições públicas e de caráter público implica o recolhimento de sua documentação à instituição arquivística pública ou a sua transferência à instituição sucessora.

Deve ser observada, a fachada do Arquivo Nacional do Rio de Janeiro, que apresenta estilo arquitetônico neoclássico, na Figura 3, adiante:

Figura 3 : Arquivo Nacional do Rio de Janeiro



Fonte: Jornal "O Globo", 2022 (Chico Otávio)

O Arquivo Nacional do Brasil apresenta uma dupla competência: gestão dos documentos arquivísticos e a sua preservação e garantia de acesso aos mesmos. Embora nascedouro de uma monarquia centralizadora, previsto na Carta Magna de 1824, o Arquivo Nacional, em comento, conseguiu se desenvolver ao longo dos Governos, conforme se verifica adiante:

Previsto na Carta Magna de 1824, o Arquivo Nacional fora criado a fim de atender aos mecanismos de consolidação do Estado Nacional. Ou seja, nascera para completar objetivos políticos e administrativos, tal como na construção de outros Estados modernos. Embora fosse

fruto de uma monarquia centralizadora, a inexistência de uma lei que definisse com clareza seu destino iria subtraí-lo – embora não definitivamente – do processo no qual se solidificariam os alicerces da nação. Além disso, a chegada da Primeira República iria alterar os princípios da organização estatal, pois aquela centralização talvez já não fosse tão interessante ao nascente regime federativo. (ARQUIVO NACIONAL, 1988, ps. 11-12)

Ainda quanto ao tema, importa relevar que a arquivística nacional não pode se desenvolver com efetividade sem uma legislação que a regule. Mas, ao lado de uma legislação forte, um Estado precisa aparelhar as instituições com recursos financeiros, pessoal, materiais e todos os elementos necessários para um funcionamento arquivístico com excelência. A legislação irá moldar o caminho do gerenciamento dos Arquivos Nacionais, construindo uma rede arquivística consolidada para que a memória nacional possa ser o grande patrimônio das gerações.

Cumprir lembrar que os recursos insuficientes dedicados à área arquivística, limitam o bom funcionamento dos arquivos nacionais, principalmente, quanto à preservação de seu acervo, ante à carência de pessoal, infraestrutura problemática, ausência de modernização, recursos financeiros insuficiente, dentre outros fatores.

### 2.3. A PRESERVAÇÃO DA INFORMAÇÃO COMO UMA DAS FACETAS DA ESTRATÉGIA GERENCIAL

No que se refere ao tema sobre a preservação da informação, incluindo o próprio acervo de um Arquivo Nacional, é preciso das especial relevância à temática, para fins de estratégia gerencial.

Maria Manuela Gomes de Azevedo Pinto (2014), em seu trabalho “Da Preservação de Documentos à Preservação da Informação”, apresenta a preservação da informação como uma variável da informação, respeitando a garantia da autenticidade, fiabilidade, integridade e inteligibilidade da informação.

Neste contexto, a **preservação da informação** é assumida como uma **variável da gestão da Informação**, presente em todo o ciclo de vida informacional (não deixando de convocar as áreas do Comportamento

Informacional e da Organização da Informação) e passível de ser considerada quer nos estudos científicos, quer na resolução de casos concretos, mantendo os objetivos de garantir a autenticidade, fiabilidade, integridade e inteligibilidade da informação, bem como o acesso continuado no longo termo. (PINTO, 2014, ps. 169-170)<sup>3</sup>

Nesse ângulo, convém esclarecer que a preservação é um dos temas de discussão da estratégia gerencial, devendo o administrador público delimitar as políticas de preservação a serem implementadas, a curto e a longo prazo, em consonância com a estrutura organizacional e os recursos disponíveis.

Robert Howes (2014), no mesmo livro supracitado, em seu texto “Repensando o Planejamento contra Desastres e Emergências”, apregoa a impossibilidade do gestor em evitar todos os sinistros emergências, com o fito de mitigar as suas consequências e apresenta alguns elementos que devem compor um plano contra esses sinistros:

- Gestão: como administrar o planejamento contra sinistros e emergências;
- Prevenção: como evitar sinistros e emergências;
- Capacidade de resposta: como preparar-se para enfrentar situação de maior gravidade;
- Reação ao sinistro: o que fazer se acontece uma emergência;
- Recuperação: como administrar a fase pós-sinistro; (HOWES, 2014, p. 103)<sup>4</sup>

### **3. A MEMÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO E O ACESSO À INFORMAÇÃO COMO FATORES DE DESENVOLVIMENTO NACIONAL**

A partir da segunda metade do século XX, verifica-se no plano geopolítico e econômico, o surgimento de novas Nações, devido em parte, a desagregação da União Soviética, além do processo de descolonização dos países africanos, a própria situação do mundo pós-guerra, dentre outros motivos geopolíticos. Em conformidade com explanações anteriores, é notória a inter-relação entre a memória e a história; o que leva ao estudioso a refletir ainda sobre as fontes.

---

<sup>3</sup> IN: DUARTE, Zeny (ORG.). A Conservação e a Restauração de Documentos na Era Pós-Custodial. Apresentação de Robert Howes. Salvador: EDUFBA, 2014, ps. 127-196.

<sup>4</sup> IN: DUARTE, Zeny (ORG.). Ibid, 2014, ps. 103-108.

Torna-se inegável a verificação de que o processo social mudou o quadro da história ao realizar uma evolução quanto aos registros e conceder aos mesmos, um *status* de fontes históricas. Assim, os arquivos privados pessoais, como registro da memória individual, em forma de legados históricos de acervos pessoal, transformaram-se em patrimônio coletivo, em registros de arquivo nacional, como fontes históricas.

### 3.1. AGENDA 2030

A partir da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, existe uma preocupação com o homem, de forma humanística, colocando o homem no centro das temáticas. No ano de 2000, os representantes dos países-membros, da Organização das Nações Unidas (ONU) se reuniram e elegeram oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), a serem cumpridos até 2015, pelos mesmos países.

É cediço que no ano de 2015, os líderes dos países-membros da ONU, inclusive o Brasil, reuniram-se novamente e firmaram um Acordo internacional, denominado de “Agenda 2030”, de desenvolvimento sustentável pós-2015, buscando encontrar novos caminhos para a pobreza extrema, oferecendo a prosperidade para todos, além de proteger o meio ambiente, como um plano de ação direcionado a pessoas, ao planeta e à prosperidade. Dessa feita, foram eleitos novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), substitutos dos oito Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), a saber:

#### **Objetivos de Desenvolvimento Sustentável**

**Objetivo 1.** Acabar com a pobreza em todas as suas formas, em todos os lugares;

**Objetivo 2.** Acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável;

**Objetivo 3.** Assegurar uma vida saudável e promover o bem-estar para todos, em todas as idades;

**Objetivo 4.** Assegurar a educação inclusiva e equitativa e de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos;

**Objetivo 5.** Alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as

mulheres e meninas;

**Objetivo 6.** Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todos;

**Objetivo 7.** Assegurar o acesso confiável, sustentável, moderno e a preço acessível à energia para todos;

**Objetivo 8.** Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos;

**Objetivo 9.** Construir infraestruturas resilientes, promover a industrialização inclusiva e sustentável e fomentar a inovação;

**Objetivo 10.** Reduzir a desigualdade dentro dos países e entre eles;

**Objetivo 11.** Tornar as cidades e os assentamentos humanos inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis;

**Objetivo 12.** Assegurar padrões de produção e de consumo sustentáveis;

**Objetivo 13.** Tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos; (\*)

**Objetivo 14.** Conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável;

**Objetivo 15.** Proteger, recuperar e promover o uso sustentável dos ecossistemas terrestres, gerir de forma sustentável as florestas, combater a desertificação, deter e reverter a degradação da terra e deter a perda de biodiversidade;

**Objetivo 16.** Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis;

**Objetivo 17.** Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável.

(\*) Reconhecendo que a Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima [UNFCCC] é o fórum internacional intergovernamental primário para negociar a resposta global à mudança do clima.

(Agenda 2030. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 12.02.2024, ps. 18/19; sem grifos no original)

De acordo com a ONU, todos os Países, incluindo o Brasil, cumpriram as metas apontadas nos Objetivos do Milênio, como a redução da pobreza, por isso foi possível um plano sucessor, pós-2015 para cumprir as metas pendentes.

No que diz respeito ao Objetivo nº 16, que trata da promoção de sociedades pacíficas e do acesso à justiça para todos, bem como, da construção de instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis, compre apontar, as metas apontadas na Agenda 2030, a saber:

**Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis**

16.1 Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares

16.2 Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças

16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos

16.4 Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado

16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas

**16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis**

16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis

**16.8 Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global**

16.9 Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento

**16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais**

16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em

todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime

16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável 3.

(Agenda 2030. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 11.02.2024, p. 36; grifos ausentes no original)

Nesse seguimento, a ONU busca transformar o mundo por meio da Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Trata-se de um plano de ação que tem por escopo, o fortalecimento da paz universal através da prosperidade para o maior número de pessoas, erradicando a pobreza extrema, pela garantia da proteção social dos pobres e vulneráveis; pela expansão do acesso a serviços básicos e apoio às pessoas prejudicadas por conflitos e desastres climáticos.

A implementação da Agenda 2030 irá fomentar áreas de grande importância para a humanidade, com o fito de alcançar o desenvolvimento sustentável, tais como: pessoas, planeta, prosperidade, paz e parcerias.

Em consonância com o Relatório da FAO<sup>5</sup>, os ODS se diferenciam dos ODM por 02 (duas) características principais:

a) As metas incluem a eliminação completa de diversos problemas sociais e não apenas a redução dos mesmos;

b) os países deverão estabelecer melhores mecanismos para o cumprimento dos ODS, que envolvam a adoção de uma abordagem integrada e multissetorial, como resposta aos compromissos assumidos.

### **3.3. A MEMÓRIA DO PODER JUDICIÁRIO COMO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, SEGUNDO A AGENDA 2030, DA ONU**

É cediço que a Constituição da República inseriu, no bojo da redação dos incisos XIV e XXXIII, o direito fundamental ao acesso à informação com status de direito fundamental, abrangendo tanto o interesse particular, quanto o interesse coletivo; assim como, no artigo 215, dispõe que os bens materiais e imateriais com

---

<sup>5</sup> FAO. Relatório América Latina e o Caribe 2016: Panorama da Segurança Alimentar e Nutricional. Sistemas Alimentares Sustentáveis para acabar com a fome e a má nutrição. Disponível em: <http://www.fao.org/3/a-i6977o.pdf>. Acesso em: 22/05/2019.

referência à identidade e à memória formam o Patrimônio Cultural brasileiro e o §1º, do artigo 220, que proíbe a existência de lei, que venha a conter dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação sociais, com ressalvas aos incisos IV, V, X, XIII e XIV, todos do artigo 5º, da Carta Maior.

Na esteira desse pensamento, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), como Órgão gestor do Poder Judiciário brasileiro, em 2009, iniciou o Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname), que institui política nacional sobre a gestão da Memória do Poder Judiciário, estabelecendo princípios e diretrizes, pela Recomendação CNJ n. 37/2011, que em 2020, foi substituída pela Resolução CNJ n. 324/2020.

Trata-se de um Programa, coordenado por um Comitê, composto por representantes de todos os Tribunais brasileiros, que atua, de forma paralela e auxiliar à Comissão permanente de Gestão Documental e de Memória do Poder Judiciário, que foi institucionalizada pela Resolução CNJ n. 296, de 19 de setembro de 2019, apresentando a seguinte redação, no seu artigo 5º, *in verbis*:

Art. 5º. À Comissão Permanente de Gestão Documental e de Memória do Poder Judiciário compete:

I – zelar pela observância do Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário – Proname;

II – propor, em coordenação com o Comitê Gestor do Proname, diretrizes para a gestão documental e de dados no âmbito do Poder Judiciário;

III – colaborar na atualização e na revisão de instrumentos de gestão documental, como Plano de Classificação, Tabela de Temporalidade e Manual de Gestão Documental, dentre outros;

IV – Coordenar, com o apoio do Comitê Gestor do Proname, diretrizes para a preservação e difusão da memória institucional e do patrimônio cultural e arquivístico do Poder Judiciário;

V – supervisionar a atuação da Comissão Permanente de Avaliação Documental do CNJ; e

VI – supervisionar, em coordenação com o Comitê Gestor do Proname, as ações de capacitação de servidores e magistrados em questões relacionadas à gestão documental e à memória institucional do Poder Judiciário.

Nesse passo, insta mencionar que o CNJ aprovou a Resolução nº 400, de 16 de junho de 2021, que dispõe sobre a política de sustentabilidade, no âmbito do Poder Judiciário, sob os seguintes fundamentos:

arts. 37 e 170 da Constituição Federal, que tratam respectivamente dos princípios da Administração Pública e da ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo, por fim, assegurar, a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros, os princípios da defesa do meio ambiente e o da redução das desigualdades regionais e sociais;

o art. 225 da Constituição Federal, que estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações;

a necessidade de aprimoramento da gestão do Plano de Logística Sustentável no âmbito do Poder Judiciário;

a Agenda 2030, que contempla os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS), baseados nas dimensões do desenvolvimento sustentável – econômica, social, ambiental e institucional – de forma integrada, indivisível e transversal para o atingimento das metas associadas;

a Portaria CNJ nº 133/2018, que institui o Comitê Interinstitucional destinado a proceder estudos e apresentar proposta de integração das metas do Poder Judiciário com os ODS, que constituem a Agenda 2030 das Nações Unidas;

o Plano de Logística Sustentável é instrumento de governança em contratações públicas do Poder Judiciário, conforme disposto na Resolução CNJ no 347/2020; como também,

a deliberação do Plenário do CNJ no Procedimento de Comissão nº 0003855-79.2021.2.00.0000, na 332ª Sessão Ordinária, realizada em 1º de junho de 2021.

A Resolução, em comento, com fundamento na Agenda 2030, sobre desenvolvimento sustentável estabelece parâmetros de sustentabilidades a serem seguidos pelo Poder Judiciário brasileiro e no bojo da redação do inciso I, do artigo 3º, conceitua o que são “ações de sustentabilidade”, no tocante à mesma Resolução, *in verbis*:

**I - ações de sustentabilidade:** práticas institucionais que tenham como objetivo a promoção de comportamentos éticos e que contribuam para o desenvolvimento ambiental, social, cultural e econômico, melhorando, simultaneamente, o meio ambiente e a qualidade de vida do quadro de pessoal e auxiliar do Poder Judiciário, da comunidade local e da sociedade como um todo;

No tocante ao tema, ora tratado, convém mencionar que a Resolução supracitada conceitualiza, inclusive, “gestão documental”, com fins do uso de critérios de responsabilidade ambiental, com razoabilidade, consoantes trecho, ora infracitado:

**III – gestão documental:** conjunto de procedimentos e operações técnicas para produção, tramitação, uso e avaliação de documentos, com vistas à sua guarda permanente ou eliminação, mediante o uso razoável de critérios de responsabilidade ambiental;

A Memória do Poder Judiciário é mantida pela Gestão Documental, sendo conservada em seus documentos, arquivos, memoriais, processos, bibliotecas, museus, imóveis, personalidades e objetos, pela gestão de Memória, através de pesquisa, conservação, restauração, reserva técnica, comunicação, ação cultural e educativa.

Em conformidade com o conceito apresentado na redação da Resolução nº 400, do CNJ, supracitada, o CNJ acrescenta, ainda, como conceito de gestão documental o seguinte:

A Gestão Documental é o conjunto de procedimentos e operações técnicas referentes à produção, à tramitação, ao uso, à avaliação, ao arquivamento e à destinação de documentos e processos no âmbito do Poder Judiciário, no exercício de suas atividades, inclusive as administrativas, qualquer que seja o suporte de registro da informação. (CNJ, 2024. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/gestao-documental-e-memoria-proname/>>. Acesso em: 17.02.2024)

A Gestão Documental do Poder Judiciário irá contribuir com o desenvolvimento nacional, na medida que irá possibilitar o exercício de direitos, a preservação das informações necessárias, a todas as pessoas, promovendo a cidadania, além de assegurar, às instituições do Poder Judiciário, o descarte da documentação que é aferida como desnecessária, primando pela preservação do patrimônio histórico e cultural brasileiro, com razoabilidade.

A Resolução nº 324, de 30 de junho de 2020, do CNJ institui diretrizes e normas de Gestão de Memória e de Gestão Documental e dispõe sobre o Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname).

O mencionado Documento apresenta o seguinte conceito para Gestão de Memória:

**II – Gestão da Memória** como o conjunto de ações e práticas de preservação, valorização e divulgação da história contida nos documentos, processos, arquivos, bibliotecas, museus, memoriais, personalidades, objetos e imóveis do Poder Judiciário, abarcando iniciativas direcionadas à pesquisa, à conservação, à restauração, à reserva técnica, à comunicação, à ação cultural e educativa. (Grifos ausentes no original)

Depreende-se, nessa lógica, que a Memória do Poder Judiciário prima pela promoção da cidadania, através do acesso pleno ao patrimônio arquivístico, bibliográfico, museográfico, histórico e cultural gerido e custodiado pelo Poder Judiciário, além da produção da narrativa histórica do Poder Judiciário e a consequente difusão e consolidação da imagem institucional, conforme preconizado, nos incisos II e III, do artigo 3º, da Resolução nº 324, do CNJ.

Analisando o tema, compreende-se que a Memória do Poder Judiciário vai além dos Arquivos Nacionais, mas compreende um conjunto de objetos, pessoas, monumentos e o que mais se oferece, paralelamente, aos aspectos econômicos, sociais, culturais e até mesmo demográficos, que juntos, irão narrar o passado da história da Justiça brasileira. E nesse resgate histórico, é possível escrever o futuro, evitando-se os erros do passado para que o Brasil atinja o grau de desenvolvimento sustentável.

Mesmo porque a Meta 16.6, do ODS nº 16, supracitado, é no sentido de “desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis”, incluindo-se, no caso, o Poder Judiciário, que irá garantir a Meta 16.10, do mesmo ODS, para “assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos nacionais.”

A contribuição da Memória do Poder Judiciário brasileiro para a consolidação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, propostos pela Agenda 2030, da ONU é transcendental, na medida que é mister o envolvimento das instituições

públicas e de seus gestores, principalmente, no âmbito local, em prol da garantia dos direitos humanos, como estratégia para o desenvolvimento sustentável do Brasil e dos demais país da ONU.

O Poder Judiciário tem um papel de destaque nesse processo democrático e desenvolvimentista, considerando o seu dever funcional em concretizar os Objetivos da Agenda 2030, em especial o de nº 16, analisado neste artigo, ao oportunizar o acesso à informação, sem obstáculos, promovendo a cidadania, considerando que os Objetivos pautados na Agenda 2030 possam ser colocados em práticas, melhorando a qualidade de vida das pessoas, garantindo o exercício de seus direitos.

Os Arquivos Nacionais assim como o próprio Poder Judiciário perpetuam registros de uma história viva de um povo e disseminam informações dessa história, garantindo a gestão pública, pela gestão documental, garantindo às pessoas, o acesso à informação. Dessa forma, todas as pessoas poderão conhecer a história do Poder Judiciário, concernente à outras gerações.

Por fim, deve ser registrado, ainda, que o Poder Judiciário ao guardar a Memória e garantir o acesso à documentação às pessoas sobre a história da Justiça brasileira, irá facilitar a tomada de decisões e assim, irá consolidar o desenvolvimento sustentável, na forma da Agenda 2030, realizando um recorte, por meio do seguinte binômio: JUSTIÇA E INFORMAÇÃO, que somatizados, totalizam no DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.

## **CONCLUSÃO**

É preciso aprender com a história para melhorar o nosso presente, através da compreensão não só das raízes pessoais e de um povo, mas de múltiplas identidades para que possa ser enaltecida em gerações futuras, interagindo o passado com o presente por meio de fronteiras que nos levam a constituir a identidade, seja individual ou de um grupo, ou ainda, de uma nação.

O processo de memorização reaviva o sentimento de pertencimento do indivíduo, deixando de significar apenas a busca de informações das origens, pois resgata a relação “memória-identidades”, em seus diversos segmentos individuais, históricos, culturais, dentre outros.

A memória deve ser preservada e constitui-se em ferramenta para o alcance de um desenvolvimento sustentável. Isso porque, para conhecer a história de outros povos e civilizações é mister, primeiro, compreender a memória e identidade de nosso povo, com a valorização da cultura, preservando as raízes e os valores morais nacionais, para que dessa forma o indivíduo seja um cidadão completo, dentro do contexto social, sem medo de olhar para o passado ou mesmo de sonhar com o seu futuro ou de “sua gente”.

Ser cidadão é conhecer o processo histórico pessoal e de seu povo, construindo uma identidade pessoal e coletiva, sem receios de inserir-se nos grupos sociais ou de realizar escolhas, para que o futuro seja não uma repetição do passado, mas, uma história a ser contada numa folha nova da cidadania.

A transcendentalidade da Memória do Poder Judiciário brasileiro é relativa à consolidação dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, propostos pela Agenda 2030, da ONU, posto que o Poder Judiciário tem um papel de destaque no processo democrático e desenvolvimentista, considerando o seu dever funcional em concretizar os Objetivos da Agenda 2030, em especial o de nº 16, analisado neste artigo.

A Justiça Brasileira irá fomentar o acesso à informação, sem barreiras; o que irá gerar uma promoção da cidadania, ao retirar os Objetivos pautados na Agenda 2030 e colocá-los, em práticas, no que lhe couber. Nesse prisma, o Poder Judiciário irá melhorar a qualidade de vida das pessoas, garantindo o exercício de seus direitos, quanto ao acesso à informação, para que todas as pessoas possam conhecer a história da Justiça brasileira, relativa às gerações passadas; e através desse conhecimento, será possível escrever um futuro, pela consolidação do desenvolvimento sustentável, como resultado do somatório da JUSTIÇA e INFORMAÇÃO.

## REFERÊNCIAS

- ARQUIVO NACIONAL. Arquivo Nacional: 150 anos. Visão Histórica. Rio de Janeiro: Editora Index, 1988.
- BOSI, Ecléa. Memória e Sociedade: Lembranças de Velhos. 3. Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1994.
- BRANCHE, Henri Boullier de. Relatório sobre o Arquivo Nacional do Brasil. Publicação Técnica nº. 21 ANT. 17 (2. ed.). Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, Arquivo Nacional, 1975.

- CASTRO, Celso. *Pesquisando em Arquivos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.
- COUTURE, C. Arquivística, os arquivistas e os arquivos no Canadá. *Acervo*, [S. l.], v. 28, n. 2, p. 147–163, 2015. Disponível em: <<https://revista.arquivonacional.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/613>>. Acesso em: 1 mar. 2024.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). Resolução nº 296, de 19 de setembro de 2019. Cria e revoga Comissões Permanentes no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original184704201910245db1f1a800ba3.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2024.
- \_\_\_\_\_. Resolução nº 324, de 30 de junho de 2020. Institui diretrizes e normas de Gestão de Memória e de Gestão Documental e dispõe sobre o Programa Nacional de Gestão Documental e Memória do Poder Judiciário (Proname). Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original020506202007245f1a41d255fab.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2024.
- \_\_\_\_\_. Resolução nº 400, de 16 de junho de 2021. Dispõe sobre a política de sustentabilidade no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/files/original1235542021061860cc932a97838.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2024.
- DUARTE, Zeny (ORG.). *A Conservação e a Restauração de Documentos na Era Pós-Custodial*. Apresentação de Robert Howes. Salvador: EDUFBA, 2014.
- ESTEVÃO, S. N. de M.; FONSECA, V. M. M. da. A França e o Arquivo Nacional do Brasil. *Acervo*, [S. l.], v. 23, n. 1, p. 81–108, 2011. Disponível em: <<https://revista.arquivonacional.gov.br/index.php/revistaacervo/article/view/42>>. Acesso em: 1 mar. 2024.
- FAVIER, Lucie. *La Mémoire de L'État: Histoire des Archives Nationales*. França: Librairie Arthème Fayard, 2004.
- HALBWACHS, Maurice. *A Memória Coletiva*. Tradução: Beatriz Sidou. São Paulo: Centauro, 2006.
- HEYMANN, Luciana Quillet. O “devoir de mémoire” na França contemporânea: entre memória, história, legislação e direitos. Rio de Janeiro, DPDOC, 2006.
- Disponível em: <[bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6732/1685.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/6732/1685.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 10 fev. 2024.
- HOWES, Robert. Repensando o Planejamento contra Desastres e Emergências. In DUARTE, Zeny (Org.) – *A Conservação e a Restauração de Documentos na Era Pós-Custodial*. Salvador, Ba: Editora da Universidade Federal da Bahia (EDUFBA), 2014, ps. 103-108.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Agenda 2030. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>>. Acesso em: 12 fev. 2024.
- \_\_\_\_\_. Relatório América Latina e o Caribe 2016: Panorama da Segurança Alimentar e Nutricional. Sistemas Alimentares Sustentáveis para acabar com a fome e a má nutrição. Disponível em <<http://www.fao.org/3/a-i6977o.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2024.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO E CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural. 2002. Disponível em <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em 05 mar. 2024.

OTÁVIO, Chico. MPF Quer suspender decreto de Bolsonaro que tirou competência de Arquivo Nacional sobre preservação de documentos federais. *Jornal "O Globo"*, de 04/02/2022. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/mpf-quer-suspender-de-decreto-de-bolsonaro-que-tirou-competencia-de-arquivo-nacional-sobre-preservacao-de-documentos-federais-1-25381005>>. Acesso em: 10 mar. 2024.

PINTO, Maria Manuela Gomes de Azevedo Pinto, Da Preservação de Documentos à Preservação da Informação, In DUARTE, Zeny (Org.) – A Conservação e a Restauração de Documentos na Era Pós-Custodial. Salvador, Ba: Editora da Universidade Federal da Bahia (EDUFBA), 2014, ps. 127-196.

POLLAK, Michael. Memória e Identidade Social. *Revista Estudos Históricos*, v. 5, nº 10, 1992, p. 200-212. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/view/1941/1080>>. Acesso em: 03 mar. 2024.

RONDINELLI, Rosely Curi. Gerenciamento Arquivístico de Documentos Eletrônicos. 4. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Yves e COUTURE, Carol. Os Fundamentos da Disciplina Arquivística. Tradução: Magda Bigotte de Figueiredo. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1998.

SCHWARCZ, Lília Moritz. A Longa Viagem da Biblioteca dos Reis: Do Terremoto de Lisboa à Independência do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

WALNE, Peter (ed.) Dictionary on archival terminology. 2. ed. Rev., München, 1998.

#### **Sites Visitados:**

Bundesarchiv. Disponível em: <<https://www.bundesarchiv.de/EN/Navigation/Home/home.html>>. Acesso em: 17 fev. 2024.

Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/gestao-documental-e-memoria-proname/>>. Acesso em: 17 fev. 2024.

Governo do Canadá. Biblioteca-Arquivos. Disponível em: <<https://library-archives.canada.ca/eng/corporate/about-us/building-projects/new-preservation-facility/Pages/preservation.aspx>>. Acesso em: 11 fev. 2024.

---

# *CNJ – PANORAMA – NA VISÃO DE UM ADVOGADO MILITANTE PERANTE O ÓRGÃO – DOS PRINCIPAIS TEMAS E TESES EM JULGAMENTO*

---

*Alexandre Pontieri<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente artigo apresenta, na visão de um advogado militante perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) há mais de treze (13) anos, temas e teses que considera em destaque sendo julgado pelo Órgão de Controle do Poder Judiciário. Esses temas são: magistratura, liberdade de expressão e redes sociais; revisões disciplinares propostas pelas partes e as instauradas de ofício pela Corregedoria Nacional de Justiça e Plenário do CNJ; Processos Administrativos Disciplinares (PAD's) e suas nuances técnicas e desdobramentos; e magistratura e matérias de natureza jurisdicional – como o Órgão de Controle do Poder Judiciário (CNJ) vem se posicionando sobre o tema em questão.

**Palavras-chave:** Magistratura, liberdade de expressão, redes sociais.

**Abstract:** This article presents, from the perspective of a lawyer who has been active before the National Council of Justice (CNJ) for more than thirteen (13) years, themes and theses that he considers to be highlighted when being judged by the Judiciary Control Body. These themes are: judiciary, freedom of expression and social networks; disciplinary reviews proposed by the parties and those initiated ex officio by the National

---

<sup>1</sup> Advogado com atuação em todas as instâncias do Poder Judiciário; desde 2006 atuando perante os Tribunais Superiores (STF, STJ, TST e TSE), e no Conselho Nacional de Justiça - CNJ (atuação em mais de 490 processos no CNJ) e Conselho Superior do Ministério Público - CNMP; Pós-Graduado em Direito Tributário pelo CPPG – Centro de Pesquisas e Pós-Graduação da UniFMU, em São Paulo; Pós-Graduado em Direito Penal pela ESMP-SP – Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo. Aluno do Mestrado em Direito da UNB – Universidade de Brasília nos anos de 2018 e 2019 (24 créditos concluídos). alexandrepontieri@gmail.com

Justice Inspectorate and the Plenary of the CNJ; Disciplinary Administrative Processes (PAD's) and their technical nuances and developments; and judiciary and matters of a jurisdictional nature – how the Judiciary Control Body (CNJ) has been positioning itself **on the topic in question.**

**Keyword:** Judiciary, freedom of expression, social networks.

Temos atuado já por mais de treze anos na advocacia perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e, como haveria de ser comum, sempre há temas e teses que mais nos preocupam em nossa atuação.

Listaremos alguns desses temas e teses que nos últimos tempos têm, pelo menos em nossa visão, trazido mais aflições, angústias, e momentos de reflexões técnicas-jurídicas para a defesa dos interesses e direitos de nossos clientes, tentando ainda, nesse pequeno espaço, trazer algumas reflexões críticas sobre cada um dos pontos que abordaremos.

Temas e teses em destaque sendo julgados pelo CNJ – na visão de um advogado militante: magistratura, liberdade de expressão e redes sociais; revisões disciplinares propostas pelas partes e as instauradas de ofício pela Corregedoria Nacional de Justiça e Plenário do CNJ; Processos Administrativos Disciplinares (PAD's) e suas nuances técnicas e desdobramentos; e magistratura e matérias de natureza jurisdicional – como o Órgão de Controle do Poder Judiciário (CNJ) vem se posicionando sobre o tema em questão.

Pois bem. Vejamos.

## **MAGISTRATURA, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E REDES SOCIAIS**

### **Jurisprudência do CNJ sobre liberdade de expressão e redes sociais**

Tema que tem sido enfrentando com certa frequência pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) diz respeito à liberdade de expressão e manifestação de magistrados em redes sociais.

**E como o Conselho Nacional de Justiça vem tratando essas questões relacionadas à liberdade de expressão e manifestação em redes sociais por parte dos magistrados?** (magistrados que também fazem parte dessa nova “*sociedade em rede*” – termo utilizado pelo sociólogo espanhol Manuel Castells<sup>2</sup>).

---

<sup>2</sup> CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardoso,

Vemos como marcos divisórios nas decisões do CNJ a publicação do **Provimento nº 71** de 13.06.2018 (que dispõe sobre o uso do e-mail institucional pelos membros e servidores do Poder Judiciário e sobre a manifestação nas redes sociais<sup>3</sup>), e a publicação da **Resolução nº 305** de 17.12.2019 (que estabelece os parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário<sup>4</sup> - destacamos que a Resolução 305/CNJ está sendo questionada perante o STF nas ADIs 6293 e 6310 sob a relatoria do Ministro Alexandre de Moraes<sup>5</sup>).

### **E por que esses marcos divisórios do Provimento CNJ 71/2018 e da Resolução CNJ 305/2019?**

Vejamos para poder compreender:

Decisão do Plenário do CNJ dispondo que o Provimento 71/2018 era muito recente:

*PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS – INSTAURAÇÃO DE OFÍCIO CONTRA MAGISTRADO – PROVIMENTO 71 DA CORREGEDORIA NACIONAL DE JUSTIÇA.*

*1. Pedido de providências instaurado de ofício para esclarecer fatos noticiados na imprensa que, em tese, caracterizariam conduta vedada a magistrados.*

*2. A atividade político-partidária é vedada a magistrados (art. 95, § 1º, III, da CF/88).*

*3. O Provimento 71 da Corregedoria Nacional de Justiça, que dispõe sobre a manifestação, nas redes sociais, pelos membros do Poder Judiciário, está em vigor (STF – MS 35793).*

*4. Hipótese em que a manifestação do magistrado foi insuficiente a caracterizar apoio público a candidato ou a partido político.*

*5. O Provimento 71/2018 é muito recente, razão pela qual se recomenda a sua devida observância a fim de evitar a instauração de futuros pedidos de providências que resultem na adoção de medidas mais enérgicas por parte desta Corregedoria Nacional de Justiça.*

---

Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Acção Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

<sup>3</sup> <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2608>

<sup>4</sup> <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3124>

<sup>5</sup> “28.11.2022 – Decisão: Após os votos dos Ministros Alexandre de Moraes (Relator), Edson Fachin e Dias Toffoli, que julgavam improcedente os pedidos nas ADIs 6.293 e 6.310, o processo foi destacado pelo Ministro Nunes Marques. A Ministra Rosa Weber (Presidente) antecipou seu voto acompanhando o Relator.”  
Fonte: portal do STF – [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Pedido de providências arquivado.

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0009542-42.2018.2.00.0000 - Rel. HUMBERTO MARTINS - 283ª Sessão Ordinária - julgado em 11/12/2018).

**Período de transição normativa – vigência do Provimento nº 71/2018 – e anteriores à edição da Resolução nº 305/2019 – “interpretação ponderada da norma”:**

“(…)

1. A liberdade de expressão dos magistrados pode ser restringida, desde que na estrita medida do necessário à afirmação dos princípios da magistratura.

2. Postagem feita em rede social de magistrado em 2019, que manifesta conteúdo político e faz críticas depreciativas a decisões judiciais de outro magistrado.

**3. Fatos ocorridos durante período de transição normativa, na vigência do Provimento n. 71/2018 e anteriores à edição da Resolução n. 305/2019, o que impõe uma interpretação ponderada da norma.**

**4. A jurisprudência do Conselho Nacional de Justiça, no final do ano de 2018, arquivou diversos procedimentos relativos à manifestação inapropriada de magistrados nas redes sociais no período eleitoral, porquanto era recente a publicação do Provimento n. 71/2018. Precedentes.**

5. Reclamação disciplinar arquivada, com recomendação.

(CNJ - RD - Reclamação Disciplinar - 0006108-11.2019.2.00.0000 - Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO - 360ª Sessão Ordinária - julgado em 22/11/2022).

“(…)

5. O avanço da comunicação nas redes sociais, acompanhado da falta de clareza quanto ao liame entre a esfera pública e a privada, bem como entre a pessoal e a profissional, motivaram a regulamentação mais precisa quanto aos limites no uso de redes sociais por magistrados, para além do arcabouço normativo já existente.

6. O Plenário do CNJ flexibilizou o rigor disciplinar em relação às manifestações ocorridas em redes sociais no período de transição normativa, a fim de evitar a adoção de medidas mais enérgicas. Precedentes.

(...)

(CNJ - PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 0003379-07.2022.2.00.0000 - Rel. SALISE SANCHOTENE - 64ª Sessão Extraordinária - julgado em 29/11/2022).

Decisões do Plenário do CNJ após a Resolução CNJ 305/2019:

Seguindo o Provimento nº 71/2018 e a Resolução nº 305/2019 (norma posterior ao Provimento 71/2018), o Plenário do CNJ já decidiu que **“publicações feitas por magistrados em redes sociais, mesmo que privadas, devem observar o disposto no Provimento n. 71/2018 e na Resolução n. 305/2019”**. Nessa linha o atual posicionamento do CNJ:

“(…)

1. A liberdade de expressão dos magistrados pode ser restringida, **desde que na estrita medida do necessário à afirmação dos princípios da magistratura.**

2. **Publicações feitas por magistrados em redes sociais, mesmo que privadas, devem observar o disposto no Provimento n. 71/2018 e na Resolução n. 305/2019.**

3. Configura infração disciplinar a conduta consistente em publicar diversas mensagens nas redes sociais do Facebook e do Instagram que manifestam conteúdo político.

(…)”

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0000630-17.2022.2.00.0000 - Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO - 359ª Sessão Ordinária - julgado em 08/11/2022).

“(…)

1. **A liberdade de expressão não constitui direito absoluto, e, no caso dos magistrados, deve se coadunar com o necessário à afirmação dos princípios da magistratura.**

2. Publicações feitas por magistrados em redes sociais, mesmo que privadas, devem observar o disposto no Provimento n. 135/2022 e na Resolução n. 305/2019.

3. Configura infração disciplinar a conduta consistente em publicar mensagens nas redes sociais do Instagram que manifestam conteúdo político-partidário.

“(...)

(CNJ - RD - Reclamação Disciplinar - 0007017-48.2022.2.00.0000 - Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO - 3ª Sessão Virtual de 2023 - julgado em 10/03/2023).

“(...)

**III - Como muito bem apontado pelo Ministro LUIZ ROBERTO BARROSO, nos autos do MS 35.793, “a nova realidade da era digital faz com que as manifestações de magistrados favoráveis ou contrárias a candidatos e partidos possam ser entendidas como exercício de atividade político-partidária. Tais declarações em redes sociais, com a possibilidade de reprodução indeterminada de seu conteúdo e a formação de algoritmos de preferências, contribuem para se alcançar um resultado eleitoral específico, o que é expressamente vedado pela Constituição”.**

**IV - As regras previstas no Provimento da Corregedoria Nacional de Justiça n. 71/2019 e na Resolução CNJ n. 305/2019 não tratam de censura prévia ou de proibição de circulação de informações. Cuida-se de regras disciplinares impostas por lei e atos normativos primários, que se destinam a proteger a credibilidade do Poder Judiciário enquanto instituição.**

(...)

**VI - Importante rememorar que as mídias sociais não constituem um universo à parte, mas sim uma extensão da vida pública e particular do magistrado, que passa a se submeter, por intermédio de suas postagens, ao diuturno escrutínio de familiares, amigos e, principalmente, de desconhecidos [...]. O juiz, definitivamente, não tem a mesma liberdade de expressão que os demais cidadãos, os quais não estão sujeitos ao regime jurídico da Magistratura, que visa, exatamente, preservar-lhe a independência e a imparcialidade (Ato Normativo n. 0004450-49.2019.2.00.0000, 302ª Sessão Ordinária do Conselho Nacional de Justiça)**

(...)

**VIII - A Resolução CNJ n. 305/2019 estabelece parâmetros para o uso das redes sociais pelos membros do Poder Judiciário e, por meio do seu art. 10, concede um prazo de 6 (seis) meses contados da sua publicação para que os perfis em redes sociais fossem adequados pelos magistrados. Todavia, isso não se trata de uma abolição, de uma causa de extinção da punibilidade, até porque um ato administrativo**

jamais poderia prever causas de extinção da punibilidade, por descumprimento de deveres funcionais previstos em lei.

(...)

(CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0005178-90.2019.2.00.0000 - Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - 104ª Sessão Virtual - julgado em 29/04/2022).

Julgamentos recentes do CNJ sobre o tema (julgados em 05.09.2023)

Trazemos ainda o resultado de dois julgamentos realizados pelo Plenário do CNJ em 05.09.2023 com o entendimento de que *“publicações feitas por juizes em redes sociais, mesmo que privadas, devem observar os normativos, pois seus deveres éticos não se esvaem com o fim do expediente forense”*, e, que *“os magistrados podem ter crenças políticas e interesses em assuntos políticos, mas discrição é necessária para manter a confiança do público no Judiciário”*. Veja-se:

Abertura de PADs contra magistrados para apurar manifestações políticas em redes sociais. Inobservância do Provimento CNJ nº 135/2022 e da Resolução CNJ nº 305/2019

A liberdade de expressão não é direito absoluto. No caso dos juizes, deve se ajustar ao necessário para afirmar os princípios da magistratura.

O art. 5º, inciso IV, da Constituição, o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica asseguram a liberdade de expressão aos magistrados. Porém, o próprio enunciado costuma vir acompanhado de marcos restritivos.

A limitação à liberdade de expressão deve ser compatível com o princípio democrático. O ordenamento jurídico pode impor restrições à liberdade de expressão, desde que dentro do indispensável à promoção dos valores de uma sociedade democrática.

No Brasil, os magistrados organizam e arbitram as eleições. Por isso, a Constituição restringe o direito à manifestação política. Veda aos juizes a atividade político-partidária - art. 95, parágrafo único, III.

O art. 35, VIII, da Loman vai além e impõe dever de conduta irrepreensível na vida privada e limita a liberdade de crítica a órgãos do Poder Judiciário.

A Resolução CNJ nº 305/2019, por sua vez, estabelece os parâmetros e as condutas vedadas aos magistrados no uso das redes sociais.

Em 2022, a Corregedoria Nacional de Justiça editou o Provimento

nº 135 com diretrizes e vedações sobre condutas e procedimentos dos magistrados e tribunais no período eleitoral e depois dele.

Os normativos do CNJ apenas esclarecem o que já está na Constituição Federal e na Loman.

Portanto, publicações feitas por juízes em redes sociais, mesmo que privadas, devem observar os normativos, pois seus deveres éticos não se esvaem com o fim do expediente forense.

Aos juízes é dada a tarefa de aplicar o direito, a partir de uma posição imparcial.

Os magistrados podem ter crenças políticas e interesses em assuntos políticos, mas discricção é necessário para manter a confiança do público no Judiciário.

Se sua participação pode minar a confiança na sua imparcialidade, cabe ao juiz refrear o envolvimento no debate. Mesmo em redes sociais privadas, deve se abster de opinar em questões de natureza política ou partidária, porque sua palavra, em razão de seu cargo, tem maior alcance na formação de opinião.

Nos casos analisados, os magistrados não observaram a cautela exigida e ultrapassaram os limites da liberdade de expressão. A juíza postou diversas mensagens com conteúdo político no Twitter, enquanto o desembargador teceu comentários ofensivos acerca de características político-partidárias e motes ideológicos da campanha eleitoral no Facebook.

As manifestações se deram no contexto do último pleito eleitoral, em 2022.

Há indícios de afronta ao art. 95, parágrafo único, III, da CF/88 e ao art. 35, VIII, 36, III, da Loman. E ainda aos arts. 1º, 2º, 4º, 7º, 12, II, 13, 15, 16 e 37 do Código de Ética da Magistratura, bem como ao art. 2º, §§ 1º, 2º e 3º e aos arts. 2º, IV, 3º, I, do Provimento nº 135 da Corregedoria Nacional de Justiça, bem como aos arts. 3º, II, “b” e “e”, 4º, II, da Resolução CNJ nº 305/2011.

Para analisar as violações, o Plenário decidiu, por unanimidade, abrir PAD, sem afastar os magistrados, aprovando de plano a portaria de instauração do art. 14, § 5º, da Resolução CNJ nº 135/2011.

No caso da juíza, foi mantido o bloqueio de seu perfil nas redes sociais, determinada anteriormente em sede liminar, com base no art. 19, caput e § 4º, da Lei nº 12.965/2014.

(RD 0007110-11.2022.2.00.0000, Relator: Conselheiro Luis Felipe Salomão, julgado na 13ª Sessão Ordinária em 5 de setembro de 2023; e RD 0007153-45.2022.2.00.0000, Relator: Conselheiro Luis Felipe Salomão, julgado na 13ª Sessão Ordinária em 5 de setembro de 2023).

Fonte: Informativo de JURISPRUDÊNCIA DO CNJ Número 14/2023 Brasília, 15 de setembro de 2023<sup>6</sup>.

## APONTAMENTOS FINAIS

Esse um breve panorama de alguns julgados do Conselho Nacional de Justiça (criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e instalado no dia 14.06.2005 – tendo completado 18 anos de existência) a respeito da liberdade de expressão e redes sociais.

É importante destacar que cada processo deve ser analisado individualmente em suas esferas de particularidades e peculiaridades, com a devida observância dos princípios e garantias constitucionais do devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV) e contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV).

Aqui não se buscou esgotar o tema – que é muito rico em teses e debates – mas trazer um panorama de como o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem se posicionamento a respeito do assunto (liberdade de expressão e redes sociais para magistratura).

Mas o questionamento que fica para reflexão é: até que ponto o nobre Conselho Nacional de Justiça pode ir para determinar o que os magistrados podem ou não postar em suas redes sociais?

A resposta será dada caso a caso em cada processo – desde que assegurados o devido processo legal (CF/88, artigo 5º, LIV), e o contraditório e a ampla defesa (CF/88, artigo 5º, LV).

Revisões disciplinares propostas pelas partes e as instauradas de ofício pela Corregedoria Nacional de Justiça e Plenário do CNJ

Em 16 de setembro de 2022 tivemos a oportunidade de publicar um artigo no portal do CONJUR com o seguinte título: *“revisão disciplinar e rito de julgamentos das classes processuais do CNJ”*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> <https://atos.cnj.jus.br/files/original215334202309156504d25ea3d37.pdf>

<sup>7</sup> <https://www.conjur.com.br/2022-set-16/alexandre-pontieri-revisao-disciplinar-cnj>

No referido artigo destacamos à época que *“uma das classes processuais mais utilizadas no âmbito do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é a revisão disciplinar – que tem previsão regimental nos artigos 82 a 88”*<sup>8</sup>.

Destacamos, assim como fizemos anteriormente, que o artigo 82 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) dispõe que *“poderão ser revistos, de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano do pedido de revisão”*.

Já em relação a admissão de revisão disciplinar o artigo 83 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) dispõe que a revisão dos processos disciplinares será admitida: I – quando a decisão for contrária a texto expresso da lei, à evidência dos autos ou a ato normativo do CNJ; II - quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a decisão, surgirem fatos novos ou novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da decisão proferida pelo órgão de origem.

O artigo 86 do RICNJ dispõe sobre a possibilidade da instauração de ofício da revisão disciplinar, tendo o seguinte teor o dispositivo regimental: *“a instauração de ofício da revisão de processo disciplinar poderá ser determinada pela maioria absoluta do Plenário do CNJ, mediante proposição de qualquer um dos Conselheiros, do Procurador-Geral da República ou do Presidente do Conselho Federal da OAB”*.

Como cediço, o CNJ possui competência disciplinar originária e concorrente, podendo instaurar de ofício, avocar ou revisar procedimentos disciplinares, sem prejuízo da atuação das corregedorias locais.

Pois bem. Como já havíamos indicado anteriormente, o artigo 82 do RICNJ dispõe que *“poderão ser revistos, de ofício ou mediante provocação de qualquer interessado, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano do pedido de revisão”*.

Ou seja, em relação ao conhecimento da Revisão Disciplinar, a limitação temporal é do prazo decadencial de um (01) ano, sendo essa limitação, salvo melhor juízo, tanto para a parte que pretende propor uma revisão disciplinar perante o Conselho Nacional de Justiça, bem como ao próprio CNJ, quando pretende instaurar tal procedimento de ofício.

---

<sup>8</sup> <https://www.conjur.com.br/2022-set-16/alexandre-pontieri-revisao-disciplinar-cnj>

Todavia, temos acompanhado julgamentos do Plenário do CNJ e observamos que a questão do **prazo decadencial para a instauração de ofício de revisões disciplinares** pelo Órgão de Controle do Poder Judiciário (CNJ) **sofreu um “alargamento”** em relação ao prazo decadencial.

Quando do julgamento do Pedido de Providências (PP) nº 10349-91.2020 na 352ª Sessão Ordinária – julgado em 07.06.2022 – o Plenário do CNJ entendeu que *“mesmo tendo decorrido mais de um ano da decisão de arquivamento no Tribunal de origem, o Conselho Nacional de Justiça pode analisar a matéria disciplinar, visto que (a) o prazo decadencial (art. 103-B, § 4º, inciso V, da Constituição Federal) só se aplica se houve instauração de processo administrativo disciplinar na origem e, ainda que assim não se entenda, (b) a decisão que determina a notificação do reclamado para defesa inicia o procedimento de revisão de ofício”*<sup>9</sup>.

Já no julgamento da Revisão Disciplinar 1932-81.2022 na 4ª Sessão Ordinária de 2023 – julgado em 28.02.2023 – o Plenário do CNJ entendeu que *“uma vez preenchidos os requisitos regimentais, não há falar em juízo recursal e/ou em utilização indevida da revisional como sucedâneo recursal”*, e ainda, que, *“o prazo decadencial estabelecido no art. 103-B, § 4º, inciso V, da Constituição Federal, replicado no art. 82 do RICNJ, é para a instauração da revisão disciplinar e não para a instauração de processo administrativo disciplinar”*<sup>10</sup>.

Vejamos, como exemplo, o entendimento do CNJ sobre a questão da tempestividade em revisão disciplinar proposta por magistrado: *“o acórdão em face do qual são inadmissíveis recursos se torna definitivo no momento de sua publicação, de modo que a insatisfação do Magistrado com o resultado do julgamento e a sucessiva interposição de recursos incabíveis e protelatórios não têm o condão de postergar a data de trânsito em julgado da decisão”* (CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0005339-32.2021.2.00.0000 - Rel. GIOVANNI OLSSON - 5ª Sessão Ordinária de 2023 - julgado em 11/04/2023).

Pensamos, com as vênias de praxe, que é necessária uma paridade de armas para a defesa – pois, salvo melhor juízo, a parte não pode ser prejudicada pelo entendimento que “alarga” o prazo decadencial quando a revisão disciplinar é proposta de ofício pelo Órgão Censor.

<sup>9</sup> <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53540&indiceListaJurisprudencia=2&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>

<sup>10</sup> <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=3C2CD73608DCA62A5F78C88D8976165A?jurisprudenciaIdJuris=54226&indiceListaJurisprudencia=5&firstResult=10275&tipoPesquisa=BANCO>

Outro ponto que temos tentado superar, diz respeito à admissão da revisão disciplinar com a superação dos requisitos do artigo 83 do RICNJ.

Não é incomum como defesa militante perante o CNJ vermos acórdãos seguindo o entendimento de que *“o Conselho Nacional de Justiça não é instância recursal ordinária dos julgamentos de natureza disciplinar realizados pelos Tribunais”*<sup>11</sup> – o que, para nós que atuamos como advogados perante o CNJ, acaba, em nossa visão, limitando que as partes que optam pelo caminho da revisão disciplinar encontre(m) uma via mais estreita (seja pela necessidade de superação do artigo 83 do RICNJ, ou pela obrigatoria observância do prazo decadencial do artigo 86 do RICNJ).

Ao contrário, pelo menos em nossa opinião, é que, quando as revisões disciplinares são instauradas de ofício pelo próprio CNJ, o Órgão de Controle do Poder Judiciário vem formando sua jurisprudência no sentido de que se *“admite a instauração de revisão disciplinar, quando da análise das informações prestadas pelo órgão censor local constata-se que a sanção aplicada é inadequada ao contexto fático-probatório ventilado nos autos”* (CNJ - PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0006185-83.2020.2.00.0000 - Rel. LUIS FELIPE SALOMÃO - 12ª Sessão Ordinária de 2023 - julgado em 22/08/2023).

Sobre essa questão – revisão disciplinar de ofício pelo CNJ - temos defendido perante o Plenário do CNJ como advogados atuantes que se evite um *bis in idem* de natureza persecutória sancionadora, pois, em nossa análise, as revisões disciplinares de ofício acabam trazendo todo um desgaste com a abertura processos de natureza disciplinar(es).

Mas essas são apenas algumas poucas reflexões sobre o tema da revisão disciplinar de ofício pelo próprio CNJ – tema que é estudado, trabalhado e discutido sempre a cada novo julgamento – para que o equilíbrio de forças da defesa e do Órgão de Controle do Poder Judiciário (CNJ) encontrem a paridade de armas e o equilíbrio necessários nesse trilhar de natureza técnico processual.

São pontos de nossas preocupações: a paridade de armas entre as partes em litígio ou em contraponto processual, a eternização da condição do(s) investigado(s) ou réu(s), a possibilidade de antecipação implícita e, por vezes, injusta, do cumprimento de sanção / pena que sequer se sabe se será, ao

---

<sup>11</sup> (CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001145-52.2022.2.00.0000 - Rel. VIEIRA DE MELLO FILHO - 117ª Sessão Virtual - julgado em 16/12/2022 ).

final, aplicada, a razoável duração do processo (CF/88, art. 5º, LXXVIII), devido processo legal (CF/88, art. 5º, LIV), contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, LV), observância dos prazos prescricionais e decadenciais para o(s) réu(s) e sua(s) defesa(s) – de modo a se prestigiar a estabilidade garantida constitucionalmente e legalmente pelo princípio da segurança jurídica, etc.

Processos Administrativos Disciplinares (PAD's) e suas nuances técnicas e desdobramentos

**Análise de cases que defendemos em PAD's perante o Conselho Nacional de Justiça – visão de um advogado militante no CNJ a respeito da dosimetria da pena**

Atuando como advogado na defesa de clientes em Processos Administrativos Disciplinares (PAD's) perante o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já há mais de treze anos, há um tema que me aflige, e vem me afligindo cada vez mais a cada nova defesa que faço: a questão da proporcionalidade / desproporcionalidade na aplicação de sanções de natureza disciplinar aplicadas pelo CNJ.

Como defesa sempre buscamos que nossos clientes tenham para si a aplicação de sanções justas, proporcionais, dignas e equilibradas pelo Plenário do CNJ.

Também sempre pedimos a observância do princípio da dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, III, da Constituição Federal), principalmente quando defendemos partes que não possuíam qualquer sanção de natureza disciplinar em sua trajetória profissional.

**Case 1 – Revisão Disciplinar julgada procedente para desconstituir sanção administrativa aplicada ao juiz no tribunal de origem. Moralidade e interesse público**

**Revisão Disciplinar julgada procedente para desconstituir sanção administrativa aplicada ao juiz no tribunal de origem. Moralidade e interesse público.**

A RevDis foi proposta por magistrado contra acórdão do tribunal de origem que lhe aplicou a pena de censura por suposto descumprimento de decisões da instância superior em agravos de instrumento e em exceção de suspeição.

Para a aplicar a censura, o tribunal local considerou que o magistrado teria ignorado o cumprimento de decisões da 2ª instância nos recursos, todos relacionados a uma Ação Civil de Improbidade Administrativa.

No entanto, verificou-se que a decisão lançada pelo magistrado, restaurando a decisão agravada, foi construída com fundamento em fatos novos a fim de evitar o desfalque financeiro promovido por suposta organização criminosa, cuja atuação é objeto de apuração no STJ.

De início o magistrado requerente proferiu decisão cautelar na Ação Civil, determinando o bloqueio de bens e valores das partes rés. Em sede de agravos interpostos, o tribunal reformou a decisão do juiz

A construção fática e jurídica apresentada foi firmada em circunstâncias diferenciadas e não afastadas no recurso de agravo de instrumento. O magistrado teve o cuidado de pontuar previamente os fundamentos da decisão lançada pela instância superior, para afastar qualquer correlação com os novos fundamentos que, no seu entender, justificaram nova decisão judicial de bloqueio de bens e valores das partes rés.

Ficou demonstrado que um dos julgadores da 2ª instância atuava de forma parcial para retirar o juiz da condução dos processos, o que configuraria sua suspeição, mas isso só foi levado ao conhecimento de todos depois do julgamento e da sanção ao requerente na origem.

**Além de atuar de maneira fundamentada, constatou-se que o magistrado usou de prudência e cautela, para impedir possível desfalque criminoso dos cofres públicos.**

**A decisão do juiz defendeu o interesse público, a moralidade administrativa e o ideal de justiça material que deve nortear a atuação jurisdicional do Estado.**

**Consignou-se o fato de o juiz não ter atuado em benefício próprio, nem logrou proveito com a decisão questionada. Além disso, não possui condenação por ato infracional praticado no exercício da magistratura e não há notícia de conduta ou ação desabonadora da sua lisura.**

*Com base nesses argumentos*, o Conselho, por maioria, julgou procedente o pedido de Revisão Disciplinar e desconstituiu a sanção administrativa aplicada pelo tribunal de origem. Vencidos os Conselheiros Mauro Pereira Martins (Relator), Jane Granzoto, Luis Felipe Salomão e a Presidente, que julgavam improcedente o pedido; e, parcialmente, os Conselheiros Marcio Luiz Freitas e Mário Goulart Maia, que anulavam a penalidade, mas determinavam o retorno dos autos ao juízo de origem para novo julgamento.

(RevDis 0010252-91.2020.2.00.0000, Relator: Conselheiro Mauro Pereira

Martins; Relator para o acórdão: Conselheiro João Paulo Schoucair, julgado na 10ª Sessão Ordinária em 20 de junho de 2023.)<sup>12</sup> – **grifamos**.

**Nossas considerações:** na 5ª Sessão Ordinária do CNJ, 11.04.2023, sustentamos oralmente a prerrogativa do cliente em ter a sua revisão disciplinar conhecida e julgada procedente pelo Plenário do CNJ. Após alguns pedidos de vistas regimentais, no dia 20.06.2023 o Plenário do CNJ, por maioria de votos, julgou procedente o pedido de revisão disciplinar para desconstituir a sanção administrativo aplicada pelo Tribunal de origem.

Decisão importante no âmbito do CNJ, pois conseguimos superar os requisitos do artigo 83 do RICNJ<sup>13</sup> e fazer com que o Plenário do CNJ conhecesse da Revisão Disciplinar e, quanto ao mérito, desconstituísse a sanção disciplinar – desproporcional e desarrazoada – aplicada pelo Tribunal de origem.

**Case 2 – tese importante firmada pelo CNJ: “em relação à dosimetria da pena conforme julgados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a pena de disponibilidade é grave e não pode ser aplicada pelo simples fato de não ser possível a aplicação de penalidade mais branda e adequada ao caso concreto”**

“(…)

5. Nos termos do disposto no art. 128 da Lei n. 8112/1990, aplicado subsidiariamente no âmbito do processo disciplinar instaurado contra magistrados, conforme expressamente previsto no artigo 26 da Resolução CNJ nº 135/2011, na dosimetria da pena devem ser consideradas a gravidade da infração, os danos ao serviço público em razão da conduta praticada e os antecedentes funcionais do agente público. Estabelecidas essas balizas de gradação da pena, importa avaliar a extensão e as consequências da conduta praticada pelo desembargador processado.

6. Para o administrativista Antônio Carlos Alencar Carvalho, “o postulado da proporcionalidade funciona como mecanismo de controle inclusive das penas disciplinares máximas e do exercício

<sup>12</sup> Fonte: Informativo de JURISPRUDÊNCIA do CNJ Número 11/2023 Brasília, 3 de julho de 2023. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original2117222023070464a48c623ba16.pdf>

<sup>13</sup> O artigo 83 do Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (RICNJ) dispõe que a revisão dos processos disciplinares será admitida: I – quando a decisão for contrária a texto expresso da lei, à evidência dos autos ou a ato normativo do CNJ; II - quando a decisão se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a decisão, surgirem fatos novos ou novas provas ou circunstâncias que determinem ou autorizem modificação da decisão proferida pelo órgão de origem.

da vinculação administrativa, sim, antepondo-se ao raciocínio simplista de que, nos casos de demissão, cassação de aposentadoria/disponibilidade ou destituição de cargo em comissão, as regras legais respectivas teriam incidência automática e incondicional”(in Manual de Processo Administrativo Disciplinar e Sindicância: À Luz da Jurisprudência dos Tribunais e da Casuística da Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 468).

7. Inexistência nos autos de indícios de favorecimento pessoal, concessão de vantagens a jurisdicionados ou prejuízos materiais ao Poder Judiciário. Também não há notícia de outras condutas desabonadoras ou quaisquer antecedentes funcionais a justificar o agravamento da pena do desembargador.

**8. Em relação à dosimetria da pena, conforme julgados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a pena de disponibilidade é grave e não pode ser aplicada pelo simples fato de não ser possível a aplicação de penalidade mais branda e adequada ao caso concreto.**

*9. Reconhecimento da extinção da punibilidade, em razão da prescrição da pretensão punitiva, por aplicação subsidiária do artigo 142 da Lei nº 8.112/1990 (cf. PADMag nº 0005696-90.2013.2.00.0000), bem como pelo fato de ser inaplicável a pena de censura aos desembargadores, conforme expressa previsão no artigo 42, parágrafo único, da LOMAN.*

*10. Imputação julgada procedente, para condenar o magistrado à pena de censura, mas sem a aplicação da penalidade disciplinar, em razão da extinção da pretensão punitiva (...)”*

(CNJ - PAD - Processo Administrativo Disciplinar - 0000196-33.2019.2.00.0000 - Rel. MARCELLO TERTO - 2ª Sessão Ordinária de 2023 - julgado em 28/02/2023)<sup>14</sup> – **grifamos.**

**Nossas considerações:** Algumas das teses que defendemos - principalmente quando do julgamento pelo Plenário do CNJ -, que qualquer sanção que ultrapassasse esses limites da sanção disciplinar de advertência, ou, no máximo, de censura, feriria flagrantemente a proporcionalidade, razoabilidade, e a racionalidade da sanção de natureza disciplinar.

**Case 3 – constatado que a Corte de origem “desconsiderou circunstâncias atenuantes, que revelavam a desproporcionalidade**

---

<sup>14</sup> <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam.jsessionid=64836C5C785C9287BE4D26AA65540EA8?jurisprudenciaIdJuris=54158&indiceListaJurisprudencia=11&firstResult=10225&tipoPesquisa=BANCO>

da pena de demissão, e verificado que a pena cabível ao caso seria a censura, torna-se premente a modificação da penalidade pelo CNJ”

“(…) 7. Todavia, constatado que a Corte Bandeirante desconsiderou circunstâncias atenuantes, que revelavam a desproporcionalidade da pena de demissão, e verificado que a pena cabível ao caso seria a censura, torna-se premente a modificação da penalidade pelo CNJ.

8. Passados, contudo, mais de 2 anos desde a instauração do PAD, necessário consignar a incidência da prescrição.

9. Revisão disciplinar conhecida, e, no mérito, julgado parcialmente procedente o pedido revisional, para reconhecer a necessidade de modificação da sanção imposta, declarando, porém, extinta a punibilidade pela incidência da prescrição.

10. Uma vez reconhecida a prescrição, afigura-se vedada qualquer anotação desabonadora na ficha do funcional do magistrado relacionada às condutas apreciadas nestes autos. Precedente STF - MS 23.262/DF.

11. Assegurados os efeitos financeiros da presente decisão e declarada a vitaliciedade do magistrado.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0009178-02.2020.2.00.0000 - Rel. MAURO PEREIRA MARTINS - 351ª Sessão Ordinária - julgado em 24/05/2022)<sup>15</sup>.

**Nossas considerações:** a ementa do acórdão do CNJ fala por si: **desconsideração de circunstâncias atenuantes que revelavam a desproporcionalidade da pena de demissão, tornando premente a modificação da penalidade pelo CNJ.**

III – Em nossa visão como advogado, entendemos que nem sempre o CNJ aplica sanções disciplinares dentro dos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e racionalidade

Infelizmente, na visão desse advogado, nem sempre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aplica sanções disciplinares dentro dos critérios da proporcionalidade, razoabilidade e racionalidade.

Respeitamos todas as decisões do Órgão, mas, como advogados, não temos que concordar com todas elas.

Comodito anteriormente, o tema da proporcionalidade/desproporcionalidade

<sup>15</sup> <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=53499&indiceListaJurisprudencia=2&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=1>

na aplicação de sanções de natureza disciplinar aplicadas pelo CNJ é algo que nos aflige como advogados militantes perante o Órgão de Controle do Poder Judiciário.

Poderíamos aqui listar diversos casos em que não concordamos com as sanções disciplinares aplicadas pelo CNJ, mas, vamos nos limitar, como exemplo, a um caso recente que foi julgado pelo Plenário, que reviu a pena de censura aplicada pelo Tribunal de origem para aplicar ao magistrado a pena de remoção compulsória (prevaleceu o voto divergente do Conselheiro Marcello Terto pela aplicação da remoção compulsória – a Conselheira Salise Sanchotene, relatora, votou pela aplicação da sanção de disponibilidade)<sup>16</sup>.

Aqui lembramos a visão crítica que temos externado em relação aos filtros do artigo 83 do RICNJ: quando a defesa busca o CNJ através da revisão disciplinar encontra dificuldades para superar seus requisitos; porém, quando o CNJ propõe revisões disciplinares de ofício, temos que os filtros de admissibilidade são mais alargados (mas isso será objeto de um outro artigo específico sobre o tema).

IV – E o que fazer quando entendemos que o Plenário do CNJ “extrapola” na aplicação de sanções disciplinares?

E o que fazer quando entendemos que o Plenário do CNJ “extrapola” na aplicação de sanções disciplinares?

Há vários caminhos técnicos e processuais, mas trazemos aqui, até em razão da limitação de espaço, alguns julgados do Supremo Tribunal Federal (STF) sobre o tema – a jurisprudência do STF é firme no sentido de permitir ao Poder Judiciário apreciar, no bojo do controle de legalidade, a proporcionalidade e razoabilidade dos atos administrativos. Nessa linha indicamos alguns precedentes:

**“(…) 2. A jurisprudência da Corte é no sentido da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, podendo ele atuar, inclusive, em questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade do ato. 3. Agravo regimental não provido. 4. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC, pois o agravado não apresentou contrarrazões. (ARE 947843 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 14/06/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-163 DIVULG 03-08-2016 PUBLIC 04-08-2016).**

---

<sup>16</sup> <https://www.cnj.jus.br/em-revisao-disciplinar-cnj-aplica-pena-de-remocao-compulsoria-a-magistrado-piaui/>

**“(…) O controle judicial de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivos não ofende o princípio da separação dos Poderes, inclusive quando a análise é feita à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. (…).**

(RE 580642 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/09/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-192 DIVULG 01-10-2014 PUBLIC 02-10-2014)

Destacamos ainda, que o próprio Conselho Nacional de Justiça (CNJ) já julgou diversos processos em sede de revisões disciplinares em que reduziu sanções de natureza disciplinar aplicadas injustamente pelas Cortes de origem. Vejamos:

(…)

A pena de aposentadoria compulsória é a primeira sanção que aplicada ao magistrado não é proporcional aos fatos constatados, além de destoar da função educativa inerente à toda penalidade. Esta é a sanção mais grave passível de aplicação na via administrativa e, por isso, deve ser reservada a situações excepcionais ou quando a aplicação de outras sanções não surtiu o efeito esperado.

(…)

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001057-19.2019.2.00.0000 - Rel. CANDICE LAVOCAT GALVÃO JOBIM - 307ª Sessão - j. 31/03/2020 ).

REVISÃO DISCIPLINAR. MAGISTRADO. APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. NEGLIGÊNCIA NO DESEMPENHO DE FUNÇÕES JUDICANTES. COMARCA SOB RESPONDÊNCIA DO MAGISTRADO. EXCESSO DE TRABALHO CONSTATADO. DEPOIMENTOS FAVORÁVEIS DESCONSIDERADOS NA ANÁLISE DOS FATOS. DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA IMPOSTA. DECISÃO CONTRÁRIA À EVIDÊNCIA DOS AUTOS. REVISÃO DISCIPLINAR JULGADA PROCEDENTE. APLICAÇÃO DA PENA DE CENSURA.

Pretensão de revisão da pena de aposentadoria compulsória imposta a magistrado, com fundamento no art. 83, I, do Regimento Interno do CNJ.

A análise do contexto fático demonstra que o magistrado se encontrava em sobrecarga de trabalho, agravado pelo período eleitoral. Desproporcionalidade da pena imposta.

Contraria a evidência dos autos o desprestígio aos depoimentos e documentos favoráveis à defesa, os quais devem ser devidamente valorados.

Procedência do pedido revisional para, na linha dos precedentes do CNJ, aplicar a pena de censura.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0000933-70.2018.2.00.0000 - Rel. Henrique de Almeida Ávila - 58ª Sessão - j. 13/12/2019).

**REVISÃO DISCIPLINAR. MAGISTRADO EM SUBSTITUIÇÃO. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁS EM EXECUÇÕES PROVISÓRIAS. PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA. DESPROPORCIONALIDADE.**

Não há nos autos evidências de que o Magistrado tenha de alguma forma se beneficiado da expedição dos alvarás referidos.

No mesmo sentido, também não houve reforma das decisões pelo Tribunal nos recursos apresentados.

Considerando a reiteração da conduta do Magistrado e sua gravidade, visto que a expedição de alvarás, sem que estivessem atendidos seus requisitos, era passível de causar prejuízo financeiro à parte, entendo que é de ser aplicada ao magistrado a pena de disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, prevista no art. 6º da Resolução CNJ 135/2011.

**Revisão Disciplinar parcialmente procedente.**

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001841-64.2017.2.00.0000 - Rel. ROGÉRIO NASCIMENTO - 31ª

Sessão - j. 15/02/2018).

**REVISÃO DISCIPLINAR – CONCESSÃO DE LIMINARES – AUSÊNCIA DE AFERIÇÃO DAS CONDIÇÕES ELEMENTARES DE PROCEDIBILIDADE – PERSISTÊNCIA MESMO APÓS CIÊNCIA DE CONDUTA DAS PARTES INDICATIVA DE FRAUDE – APLICAÇÃO DE PENA DE APOSENTADORIA COMPULSÓRIA NO TRIBUNAL DE ORIGEM – DESPROPORCIONALIDADE**

(...)

**3. Por tal razão, afigura-se excessiva e desproporcional a pena aplicada à magistrada pelo TJ/CE, em acórdão de fundamentação sucinta, a ensejar a revisão do julgado, com base no art. 83, I, do RICNJ.**

4. Aplicação da pena de disponibilidade, com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, prevista no art. 6º da Resolução CNJ 135/2011.

5. Revisão Disciplinar julgada parcialmente procedente.

(CNJ - REVDIS - Processo de Revisão Disciplinar - Conselheiro - 0001877-43.2016.2.00.0000 - Rel. LELIO BENTES CORRÊA - 253ª

Sessão - j. 13/06/2017).

E mais ainda do próprio CNJ:

*REVISÃO DISCIPLINAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DISPONIBILIDADE COM VENCIMENTOS PROPORCIONAIS. OFENSAS ÀS DISPOSIÇÕES CONTIDAS NO ART. 35, I e VII DA LOMAN C/C ART. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO. USO IRREGULAR DO VEÍCULO OFICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA PLACA OFICIAL PELA COMUM. DESVIO FUNCIONAL NÃO CARATERIZADO. DESPROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA.*

(...)

***6. Desproporcionalidade da penalidade aplicada. A sanção de disponibilidade com vencimentos é penalidade considerada grave e não pode ser aplicada de forma residual, quando impossibilitada a penalidade de advertência, censura ou remoção compulsória.***

7. Conduta do revisionado que se considera não configuradora de desvio funcional e a penalidade cominada pelo Tribunal que se reputa desproporcional.

**8. Revisão Disciplinar que se conhece e se julga procedente.**

(CNJ - RD - Reclamação Disciplinar - 0010105-70.2017.2.00.0000 - Rel. ARNALDO HOSSEPIAN - 293ª Sessão - j. 25/06/2019). **(grifamos)**

## CONCLUSÃO

O artigo 42 da LOMAN traz como penas disciplinares: advertência (inciso I); censura (II); remoção compulsória (III); disponibilidade com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (IV); aposentadoria compulsória com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço (V); e demissão (VI).

O tema da **gradação das penas disciplinares previstas na LOMAN** (Lei Orgânica da Magistratura Nacional – Lei Complementar n 35, de 14.03.1979<sup>17</sup>) **é de extrema importância e merece total atenção por parte dos advogados que militam perante o CNJ.**

<sup>17</sup> [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)

Magistratura e matérias de natureza jurisdicional – como o Órgão de Controle do Poder Judiciário (CNJ) vem se posicionando sobre o tema em questão

O artigo 41 da LOMAN (Lei Orgânica da Magistratura Nacional) é expresso ao dispor que **“salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir”**.

O Conselho Nacional de Justiça expressamente reconhece que:

*“é prerrogativa dos Magistrados, como princípio basilar inerente à carreira, o livre convencimento, pelo qual a partir do caso concreto, e diante das provas apresentadas, tem liberdade para decidir da forma que considerar mais adequada, conforme seu convencimento”*

(CNJ – RA – Recurso Administrativo em PP – Pedido de Providências 0004033-72.2014.2.00.0000 – Rel. Conselheiro CARLOS AUGUSTO DE BARROS LEVENHAGEN – 3ª Sessão Virtual – j. 24/11/2015).

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal (STF) já se posicionou:

**EMENTA: QUEIXA-CRIME - DELITOS CONTRA A HONRA SUPOSTAMENTE COMETIDOS POR MAGISTRADOS NO JULGAMENTO DA CAUSA - INOCORRÊNCIA - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL - IMUNIDADE FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS (CP, ART. 142, III, E LOMAN, ART. 41) - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - DISCURSO JUDICIÁRIO COMPATÍVEL COM O OBJETO DO LITÍGIO E QUE GUARDA, COM ESTE, INDISSOCIÁVEL NEXO DE CAUSALIDADE E DE PERTINÊNCIA - AUSÊNCIA, AINDA, DO “ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI” - INADMISSIBILIDADE DA PRETENDIDA PERSECUÇÃO PENAL - CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL. - O Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos. É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o “usus fori” e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexo de causalidade e de pertinência. Doutrina. Precedentes. A “ratio” subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em**

**ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do “officium iudicis”, sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. A independência judicial - que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção - traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres” (Inq 2699 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-01 PP-00136 RTJ VOL-00211-01 PP-00211 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 469-479) - **grifamos**.**

E ainda o STF:

**(...) 3. “Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir” (art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura). (...)” (Inq 2657 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2008, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00030) - **grifamos**.**

Como cediço, a independência judicial é assegurada a todos os magistrados em defesa da ordem jurídica e do direito.

Sobre a independência judicial já tratou o CNJ:

(...) 3. No exercício da função jurisdicional, os magistrados judiciais atuam com autonomia e independência na formação de sua convicção. A independência judicial constitui direito fundamental dos cidadãos, inclusive em sua vertente de direito à tutela judicial e a processo e julgamento por tribunal independente e imparcial. Precedentes do CNJ. Recurso a que se nega provimento

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PETAVU - Petição Avulsa - Secretaria - 0006720-61.2010.2.00.0000 - Rel. WELLINGTON CABRAL SARAIVA - 134ª Sessão Ordinária - j. 13/09/2011).

## **Da independência judicial e livre convencimento motivado**

A independência dos juízes é uma garantia funcional constitucionalmente conferida aos membros do Poder Judiciário.

Nas palavras do professor Luiz Flávio Gomes, *“a independência do juiz visa*

*protegê-lo das ingerências e pressões externas (ad extra) em suas atividades jurisdicionais, que devem ser guiadas unicamente pelo ordenamento jurídico*<sup>18</sup>.

A independência funcional é uma garantia constitucional da atividade jurisdicional, mantendo o juiz afastado das diversas formas de pressões que possam existir no desempenho de sua função judicante. Essas as lições sempre pontuais do professor Eugênio Raul Zaffaroni<sup>19</sup>:

“Um juiz independente, ou melhor, um juiz simplesmente, não pode ser concebido em uma democracia moderna como um empregado do executivo ou do legislativo, mas nem pode ser um empregado da corte ou do supremo tribunal. Um poder judiciário não é hoje concebível como mais um ramo da administração e, portanto, não se pode conceber sua estrutura na forma hierarquizada de um exército. Um judiciário verticalmente militarizado é tão aberrante e perigoso quanto um exército horintalizado.”

Nas lições de Vinícius de Toledo Piza Peluso e José Wilson Gonçalves:

“A independência dos juízes para decidir e exercer a função jurisdicional com destemor é garantida pela imunidade e liberdade intelectual no respectivo exercício, especialmente quanto à interpretação da lei, não podendo ser punidos em seu desempenho, o que inegavelmente se estende às opiniões que manifestarem e ao conteúdo ou teor das decisões que proferirem, desde que, evidentemente, não incorram em impropriedade ou excesso de linguagem.

Tal cláusula, portanto, tem por finalidade específica tutelar, proteger e preservar a integridade do livre e independente exercício da atividade jurisdicional, resguardando os Magistrados de temores e de pressões, que, se concretizados, poderiam inibir, de modo ilegítimo, a prática regular do ofício de julgar.”

Sobre o tema o Supremo Tribunal Federal (STF) também se posicionou:

**QUEIXA-CRIME - DELITOS CONTRA A HONRA SUPOSTAMENTE COMETIDOS POR MAGISTRADOS NO JULGAMENTO DA CAUSA - INOCORRÊNCIA - EXERCÍCIO DA FUNÇÃO JURISDICIONAL - IMUNIDADE FUNCIONAL DOS MAGISTRADOS (CP, ART. 142, III, E LOMAN, ART. 41) - ATIPICIDADE PENAL DA CONDUTA - DISCURSO JUDICIÁRIO COMPATÍVEL COM O OBJETO DO LITÍGIO E QUE**

---

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. A Dimensão da Magistratura no Estado Constitucional e democrático de Direito. São Paulo: Ed. RT, 1997, p. 36.

<sup>19</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raul. Poder Judiciário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. P. 88-90.

GUARDA, COM ESTE, INDISSOCIÁVEL NEXO DE CAUSALIDADE E DE PERTINÊNCIA - AUSÊNCIA, AINDA, DO "ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI" - INADMISSIBILIDADE DA PRETENDIDA PERSECUÇÃO PENAL - CONSEQÜENTE EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO PENAL. - **O Magistrado é inviolável pelas opiniões que expressar ou pelo conteúdo das decisões que proferir, não podendo ser punido nem prejudicado em razão de tais pronunciamentos.** É necessário, contudo, que esse discurso judiciário, manifestado no julgamento da causa, seja compatível com o "usus fori" e que, desprovido de intuito ofensivo, guarde, ainda, com o objeto do litígio, indissociável nexo de causalidade e de pertinência. Doutrina. Precedentes. **A "ratio" subjacente à norma inscrita no art. 41 da LOMAN decorre da necessidade de proteger os magistrados no desempenho de sua atividade funcional, assegurando-lhes condições para o exercício independente da jurisdição. É que a independência judicial constitui exigência política destinada a conferir, ao magistrado, plena liberdade decisória no julgamento das causas a ele submetidas, em ordem a permitir-lhe o desempenho autônomo do "officium iudicis", sem o temor de sofrer, por efeito de sua prática profissional, abusivas instaurações de procedimentos penais ou civis. A independência judicial - que tem, no art. 41 da LOMAN, um de seus instrumentos de proteção - traduz, no Estado democrático de direito, condição indispensável à preservação das liberdades fundamentais, pois, sem juízes independentes, não há sociedades nem instituições livres"** (Inq 2699 QO, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 12/03/2009, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009 EMENT VOL-02359-01 PP-00136 RTJ VOL-00211-01 PP-00211 RT v. 98, n. 886, 2009, p. 469-479) - **grifamos.**

E ainda o STF:

(...) 3. **"Salvo os casos de impropriedade ou excesso de linguagem, o magistrado não pode ser punido ou prejudicado pelas opiniões que manifestar ou pelo teor das decisões que proferir" (art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura). (...)"** (Inq 2657 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2008, DJe-187 DIVULG 02-10-2008 PUBLIC 03-10-2008 EMENT VOL-02335-01 PP-00030) - **grifamos.**

Nesse sentido é importante frisar que a jurisprudência do colendo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é firme e pacífica ao dispor que **"a insatisfação com o resultado do julgamento ou a pretensão de corrigir supostas falhas na tramitação de procesos devem ser manifestadas pelos meios processuais próprios"** (CNJ - RA – Recurso Administrativo em RD - Reclamação Disciplinar -

0009860-88.2019.2.00.0000 - Rel. DIASTOFFOLI - 305ª Sessão Ordinária - julgado em 03/03/2020).

Nesse sentido, conforme anteriormente mencionado, a jurisprudência do CNJ é firme. Veja-se Excelência:

RECURSO ADMINISTRATIVO EM PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS. DISCIPLINAR. SUPOSTA VIOLAÇÃO E ENUNCIADO DE SÚMULA DO TRIBUNAL DE ORIGEM. INCOMPETÊNCIA MATERIAL. QUESTÃO JURISDICIONAL. NÃO PROVIMENTO.

I- A irresignação se refere a exame de matéria eminentemente jurisdicional. **Em tais casos, deve a parte valer-se dos meios processuais adequados, não cabendo a intervenção do Conselho Nacional de Justiça.**

II- Não cabe à Corregedoria regular a atuação jurisdicional de **Magistrados, escrutinando o conteúdo das decisões judiciais proferidas, sob pena de violação do art. 41 da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.**

(...)

IV- Recurso não provido.

(CNJ - RA – Recurso Administrativo em PP - Pedido de Providências - Corregedoria - 0008004-55.2020.2.00.0000 - Rel. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - 89ª Sessão Virtual - julgado em 25/06/2021).

## **CONCLUSÃO**

Todos os temas indicados acima são de extrema importância para o trabalho perante o Conselho Nacional de Justiça, destacando que a defesa dos direitos e prerrogativas de quem se defende perante o CNJ é de extrema importância, sempre se buscando que sejam cumpridas as garantias constitucionais do devido processo legal (CF/88, artigo 5º, LIV), do contraditório e ampla defesa (CF/88, artigo 5º, LV), o Regimento Interno do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), e, de fundamentalmente, a Resolução CNJ nº 135/2011 (que dispõe sobre a uniformização de normas relativas ao procedimento administrativo disciplinar aplicável aos magistrados, acerca do rito e das penalidades, e dá outras providências).

## **FONTES DE PESQUISA:**

### **Portal do Conselho Nacional de Justiça:**

<https://www.cnj.jus.br/>

<https://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/jurisprudencia/>

### **Portal do Supremo Tribunal Federal:**

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do conhecimento à Política. In: Castells, Manuel; Cardoso, Gustavo (org.). A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Ação Política. Centro Cultural de Belém, 2005.

MENDES. Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2013, pág. 270.



---

# DIREITO PROCESSUAL ORGÂNICO

---

*André R. C. Fontes\**

**Resumo:** O artigo trata da necessidade de a disciplina organização judiciária ser transformada em direito processual orgânico.

**Palavras-chave:** competência – organização – judiciária.

**Abstract:** The article deals with the need for the judicial organization discipline to be transformed into organic procedural law.

**Keywords:** competence - organization – judiciary.

É com esse título, *Direito Processual Orgânico*, que apresentei à então Universidade do Rio de Janeiro (hoje, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro) – a Uni-Rio -, em 1992, um projeto substitutivo do programa do Curso de Direito recém-inaugurado (iniciado no dia 28 de outubro de 1991) para a disciplina *Organização Judiciária*.

O projeto não foi adiante, mesmo eu tendo explicado que já não era tão importante o estudo dos órgãos jurisdicionais estruturados e organizados e sim, a competência desses mesmos órgãos. E isso levaria à necessidade de deslocarmos nossos esforços para uma disciplina que tivesse como conteúdo programático o que realmente seria essencial: a competência dos órgãos jurisdicionais do país. Ou seja, um Direito Processual da organização dos Tribunais e órgãos jurisdicionais

---

\* Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor de Teoria Geral do Processo na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio) e Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).

em geral, ou mais propriamente, um direito processual *das competências* dos órgãos jurisdicionais, que haveríamos de denominar Direito Processual Orgânico.

A frustração do autor deste texto, pelo não acolhimento da proposta, não se limitou à negativa de reestruturação da disciplina, mas por causa de uma solução inesperada e muito preocupante, nomeadamente, a unificação da disciplina Organização Judiciária com a disciplina fundamental para o conjunto de Direito Processual na grade curricular (que era de Direito Processual Civil, Direito Processual Penal e Direito Processual do Trabalho), a conhecida Teoria Geral do Processo.

Sabidamente, o início de um estudo sobre a organização judiciária dos Tribunais pressupõe um conhecimento de teoria geral do processo e de disciplinas fundamentais de direito processual. Nesse entendimento, a solução proposta, *ad absurdum*, foi a fusão de um estudo avançado (como é o estudo da competência) com uma disciplina básica (a Teoria Geral do Processo).

Em uma nova provocação, agora sobre a propedêutica processual (teoria geral do processo) e sua impossibilidade de convivência temporal com um conteúdo (avançado) de organização judiciária, em um ambiente acadêmico pluralista e diversificado, ao final, somadas as mais variadas opiniões e estancadas supostamente as discrepantes dúvidas chegou ao pior resultado possível: a eliminação – pasmem! - da disciplina Teoria Geral do Processo. Ao final dos debates, não sem um esforço hercúleo na defesa da mencionada disciplina, a razão foi retomada e finalmente mantida, a Teoria Geral do Processo como disciplina, e mais ainda, como pré-requisito para as demais disciplinas de Direito Processual, a despeito de ficar (a Teoria Geral do Processo) associada aos estudos de organização judiciária – decisão mantida até nossos dias.

De 2016 a 2017, em uma outra fase mais refletida e distante dos primeiros debates na Uni-Rio, elaborei um trabalho sistemático sobre essa tal disciplina Direito Processual Orgânico. Foi para um curso de Pós-Graduação em Direito Processual, oferecido pela prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (conhecida pelo acrônimo *UFF*). Sob a forma de monografia final de curso, retomei as premissas do *Direito* Processual Orgânico, com uma exposição sistemática das ideias do seu criador, o renomado Professor catedrático espanhol Antonio Maria Lorca Navarrete, da Universidade do País Basco.

Estas linhas são um excerto da monografia elaborada para a *UFF*, na qual o subscritor deste trabalho expõe as bases fundamentais das ideias do autor espanhol. O mencionado texto está lastreado na necessidade de deslocamento do estudo dos órgãos jurisdicionais para a sua competência e, também, como via de consequência, num compromisso com o *garantismo*.

É de curial sabença que se estuda no Brasil a competência jurisdicional como parte do conteúdo da Teoria Geral do Processo ou ainda do primeiro semestre de cada disciplina de Direito Processual. E é paladinamente sabido que o aprendizado não começa propriamente pela organização judiciária dos Tribunais, mas por um estudo *in abstracto* da competência jurisdicional.

Constata-se que o referido ensaio talvez possa ser realizado, a partir da Constituição da República e dos Códigos de Processo Civil e Penal e da Consolidação das Leis do Trabalho, mas com certeza, a partir de conceitos estruturados e sistematizados por termos, definições e classificações da competência jurisdicional, tal como arroladas pelos mais destacados juristas. A distinção entre competência absoluta e relativa, competência do foro e do juízo, seriam bons exemplos desses estudos teóricos acadêmicos.

Alguns autores veem a competência dos órgãos jurisdicionais estruturados na Constituição da República e nas leis de organização judiciária, como objeto de uma *competência de atribuições* – expressão originada da literatura francesa, divulgada especialmente por José Frederico Marques. Ou ainda, simplesmente, denominam de estrutura da Justiça no Brasil ou mesmo, e tão somente, um estudo da competência dos Tribunais.

Como se vê, o assunto da competência não é novo, mas na Espanha levou a outras discussões. E certamente, não é inédito da mesma forma, no Brasil, o assunto da competência. O que é insuficiente, embora não divulgado da mesma forma como os assuntos de competência em geral, é saber se estudar os órgãos jurisdicionais seria realmente estudar de modo aprofundado a competência jurisdicional.

É bom lembrar que o mensageiro dessa teoria para o mundo processual é indiscutivelmente o Professor catedrático Antonio Maria Lorca Navarrete. Não devemos perder de vista, que os seus questionamentos remontam à primeira metade da década de 1980, em cujo período veio a lume, a primeira edição de sua obra *Derecho Procesal Organico*.

Em nosso estudo para a Universidade Federal Fluminense, apresentamos a explicação da obra do Professor Lorca Navarrete e, acrescentamos, com certa pretensão de ineditismo e caráter inovador, que esse movimento de deslocar o objeto da instituição (órgão jurisdicional na linguagem do Direito ou *ser* na linguagem filosófica) para a competência (*conhecer*), realizado pelo Professor Lorca Navarrete, seria um corte epistemológico. Nessa lógica, referida operação, bem poderia ser resumida, como o deslocamento do *ser* para *conhecer o objeto* - uma reorientação que estaria baseada na notória *virada kantiana* para o conhecimento. Melhor explicando: uma completa reviravolta no pensamento universal, promovida por Emmanuel Kant, que revolucionou a Filosofia - que para ele era um conhecimento, ou melhor, uma Teoria do Conhecimento - e todo o pensamento científico na nossa civilização, até os dias atuais.

O giro copernicano de Kant - como é conhecido - ocorreu no campo da Filosofia, que passaria para um ponto diverso do *ser*: esse novo ponto para o sujeito cognoscente seria o *conhecer*. Mais tecnicamente, seria um campo da Gnoseologia, ou Teoria do Conhecimento. Ela poderia ser resumida assim: até a época do Renascimento, a Filosofia se orientava inteiramente para um ponto, o *ser*. A alma, o ser humano, a vida e tudo mais era algo que se deveria entender. Kant partiu para a ideia de que devemos *conhecer*. A Metafísica da época buscava explicar o que era o que estava debaixo do Sol. Eram descrições racionais que pairavam sobre todo o conhecimento. No nosso caso, seria a organização judiciária. Seria a fase ou período da Ontologia; ou seja, saber a organização judiciária. E um pensamento teórico-descritivo, em bases racionais que explicariam a organização judiciária e ainda de modo a esgotar a sua compreensão. E a Filosofia antes de Kant se confundia com a Ontologia - o conhecimento do *ser*. É como se fosse o conhecimento teórico-metafísico da organização judiciária. Foi Emmanuel Kant quem empreendeu a revolução do conhecimento do *ser* para o *conhecer*. E o conhecer seria, para nós, uma disciplina formal e um objeto próprio a determinar o conhecimento de algo, especificamente, a competência jurisdicional.

Sem querer entrar em pormenores, cremos que a visão do Professor Lorca Navarrete foi uma aplicação dessa forma de pensar. Embora não ignore os próprios órgãos jurisdicionais - o que significa dizer que, juntou o conhecimento dos órgãos jurisdicionais (Ontologia) com o conhecimento da sua competência (Gnoseologia), integrando assim, em uma Ontognoseologia - concepção vislumbrada por nosso maior filósofo, Miguel Reale.

Assim, por meio da Ontognoseologia – ou seja: o estudo das inter-relações do *ser* e do *conhecer*, acentuando a importância do ato do conhecimento, sem, entretanto, deixar de lado a indagação ontológica, o Direito Processual Orgânico operaria com a estrutura dos órgãos – embora não somente como um amontoado, ainda que, ordenado de órgãos – e com as funções exercidas por esses órgãos, ditadas pela competência.

A preciosa obra do Professor Lorca Navarrete sistematiza todo o conhecimento espanhol sobre essa nova disciplina, o Direito Processual Orgânico, em caráter inicial e original, sem perder de vista o Direito Processual já consolidado. E nessa esteira, que entende ser a centralização dos estudos da competência dos órgãos jurisdicionais a firmar o compromisso garantista exigido no exercício de toda a jurisdição nos Estados modernos.

As características gerais da sua obra estão baseadas na existência da jurisdição como um *prius* para se chegar a compreender o Direito Processual Orgânico. Segundo o livro, sendo a jurisdição imprescindível para a atuação dos órgãos jurisdicionais, não seria possível se realizar um estudo do Direito Processual senão em razão da vertente subjetiva que ela estabelece, o que implicaria dizer, a prévia existência da jurisdição, e mais concretamente, a dos órgãos nela investidos. Mais especialmente, deve-se lembrar que o próprio conceito de jurisdição se expressa pela multiplicidade de competências dos órgãos investidos de *jurisdictio*. Ao assinalar a Constituição da República que ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente está certamente a dizer que o poder jurisdicional é exercido por juízes e Tribunais estabelecidos pela Constituição e pela lei, de onde se deduz que sem jurisdição não se pode falar de tais órgãos, justamente porque são jurisdicionais e que é deles a competência para processar os litígios.

Prosseguindo em desenvolver suas ideias, entende Lorca Navarrete que o Direito Processual Orgânico tem por objeto o estudo dos órgãos jurisdicionais e dos sujeitos em atividade jurisdicional diversos das partes – a dimensão subjetiva do processo –, exigindo a ideia e existência de um ordenamento processual, que deve ser orgânico, e que se refira assim aos órgãos jurisdicionais organizados e investidos de jurisdição, tal como estabelece a Constituição da República e as leis do Brasil.

Partindo de seu objetivismo renovado, um direito que emergja da própria jurisdição, na medida em que os órgãos que possuem a jurisdição, as exercem

em uma competência prévia definida, entende que deve estar submetido a um estudo anterior ao próprio processo abstratamente considerado.

O Direito Processual Orgânico se completaria com as leis de competência sem o qual, desconhecido nos seus elementos subjetivos e suas competências, estaria a olvidar o próprio desenvolvimento concreto da jurisdição em bases definidas e garantidas para as partes.

O livro, em comento, consolida uma Teoria do Direito Processual Orgânico em robustos pilares metodológicos e apresenta a sua exposição por meio do conceito de jurisdição e da projeção prática que levam as leis a definir a competência dos órgãos jurisdicionais e com isso, a delinear o órgão competente (ou melhor: a competência do órgão) e sustentar um dos fundamentos mais sólidos do garantismo – o juiz competente. Registra também que não é o assunto limitado ou destinado exclusivamente aos estudantes, mas a todos os profissionais do direito – algo que se manifesta com ofuscante nitidez.

E se em sua fase científica, o Direito Processual, como um *Direito da função jurisdicional*, a determinação científica do órgão jurisdicional investido de jurisdição e que a leva a cabo, exigiria uma disciplina própria, com próprio objeto formal, e não uma mera descrição, em gráficos, de uma organização judiciária baseada em superposição piramidal de autoridades.

O uso desse termo novo - Direito Processual Orgânico - constitui uma novidade trazida a lume por Lorca Navarrete, e pretende expressar a todos nós o básico: que a função jurisdicional se desenvolve concretamente, por meio do processo, o mesmo processo que tem na competência, sabidamente, um pressuposto da sua existência. Se o Direito Processual não pode ignorar que a função jurisdicional se realiza por meio de órgãos jurisdicionais, interessaria ao Direito Processual apenas sua dimensão subjetiva, ou seja: interessaria tão somente expor a organização judiciária? Ou seria processual e orgânico, sem o qual, o processo não encontraria, em uma dimensão objetiva, suas bases, as mesmas que definem a garantia do devido processo legal, justamente com a competência, tal como definida na Constituição da República e nas leis?

A competência (jurisdicional) é um pressuposto processual. E a sua inobservância poderá resultar até mesmo uma rescisão de um julgado civil se for absoluta ou uma impugnação, até mesmo por *habeas corpus*, em um julgado criminal. Aplicar a lei contenciosamente a casos particulares, na linguagem de Pedro Lessa, de modo a que a função jurisdicional se caracterize e também se

distinga dos demais poderes da soberania é, como dizia João Mendes, a própria atividade do Poder Judiciário, como força derivada da soberania nacional. E como diz o mestre paulista (ainda João Mendes) é o Poder Judiciário, especialmente constituído, para assegurar a aplicação das leis, que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais, e ainda mais, o que é óbvio: que é a jurisdição, a causa final específica da atividade do Poder Judiciário.

A organização judiciária, como um todo, não se confunde com a competência dos órgãos, ainda que essa organização estabeleça a competência de cada um deles. Se as lições acadêmicas mais conhecidas das faculdades de Direito são a de se indagar “qual é o órgão competente?”, pelo regime do Direito Processual Orgânico, esse questionamento do órgão jurisdicional seria modificado para a competência jurisdicional, naquilo que poderia ser nitidamente reconhecido como uma versão científica da competência.

Então, a pergunta seria: qual é a competência, sem prejuízo de se seguir com a pergunta “de qual órgão?”. E com o seu próprio objeto formal, os conflitos de competência certamente almejariam resultados manifestamente objetivos e em premissas próprias; ou seja, por exemplo, sobre a formação da competência da *matéria* ou mesmo baseada, eventualmente, nos *sujeitos do conflito*, em sua natureza e vicissitudes, deixando de lado a ideia de ser o órgão jurisdicional o mais importante.

Ao invés dessa perspectiva, seria melhor resguarda as partes de um julgamento feito, sem critérios objetivos, e sim subjetivos, tal como seria aquele voltado para o órgão jurisdicional (talvez mais ou menos em condições de julgar), ao invés do órgão realmente competente, de modo constitucional e legalmente objetivo, para o digno exercício de *jus dicere*.

## BIBLIOGRAFIA

- ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.
- ASENCIO MELADO, Jose Maria. *Derecho procesal civil*. Parte primera. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.
- BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BELLOCCHI, Márcio. *Jurisdição, juízes e árbitros*. São Paulo: RT, 2023.

- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13ª ed. São Paulo: RT, 1997.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 3ª ed. Rio de Janeiro: 1983.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Instituciones de derecho procesal*. Tomo I. 3ª ed. Madri: Tecnos, 1991.
- LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.
- LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho Procesal Organico*. 2ª ed. Madri: Tecnos, 1989.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2023.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Curso completo de processo civil*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria geral do processo civil*. Vol. 1. São Paulo: RT, 1971.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. 4ª ed. Madri: Tecnos, 2013.
- ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1º vol. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- SILVA, Rodrigo Otávio Monteiro da. *Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Inter Saberes, 2021.
- SOUZA, André Pagani de, et alii. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 6ª ed. Barueri; Atlas, 2023.
- THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. I 56ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Procesual Civil*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

---

# *PESQUISA CLÍNICA, SEXO E GÊNERO: A DEVIDA INCLUSÃO DE MULHERES COMO PARTICIPANTES DE ESTUDOS CLÍNICOS*

---

*Anna Ascensão Verdadeiro de Figueiredo<sup>1</sup>*

**Resumo:** O presente trabalho tem como objetivo propor a reavaliação, sob a perspectiva de gênero, das recomendações de boas práticas e as regulamentações de ética em pesquisa clínica, de maneira que se garanta a devida inclusão de mulheres como participantes de estudos clínicos.

**Palavras-chave:** Pesquisa clínica; Sexo; Gênero.

**CLINICAL TRIALS, SEX AND GENDER: PROPER INCLUSION OF WOMEN AS PARTICIPANTS IN CLINICAL STUDIES**

**Abstract:** This paper aims a gender perspective reevaluation of good practice recommendations and other ethical regulations in clinical trials, as a way of ensuring proper inclusion of women as participants in clinical studies.

**Keywords:** Clinical trials; Sex; Gender.

## **1. INTRODUÇÃO**

Graças ao movimento feminista, nos últimos anos tem sido cada vez mais frequente a abordagem de temas sob uma perspectiva de sexo e de gênero com vistas à construção de um conhecimento mais plural.

---

<sup>1</sup> Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Advogada e Fundadora da Fenda Consultoria, especializada em maternidade e infância. [annaverdadeiro@gmail.com](mailto:annaverdadeiro@gmail.com)

Basicamente, dentro de uma análise epistemológica, verificam-se as premissas de um determinado raciocínio, e se, de fato, a sua adoção pode ser a responsável por um sistema discriminatório velado contra determinados sujeitos, de forma a se repensarem as bases metodológicas tradicionalmente utilizadas.

Do mesmo modo, há décadas a medicina já confirmou que homens e mulheres, para além das exaustivamente lembradas diferenças ambientais, comportamentais e de estilo de vida, também são diferentes a nível celular e molecular. Em razão disso, comprovou-se também que corpos de mulheres e homens reagem de maneiras distintas, inclusive, às medicações que lhes são ministradas.

Seria, então, razoável sugerir que as recomendações de boas práticas e as regulamentações de ética em pesquisa clínica sejam pautadas também por uma ótica de sexo e de gênero?

É esta a hipótese sobre a qual se busca refletir no presente trabalho.

Para tanto, e considerando-se que nos Estados Unidos da América essa discussão já vem ocorrendo há mais tempo, optou-se por apresentar o estado da arte naquele país, a fim de em seguida fazer uma comparação com o cenário brasileiro.

## **2. CONTEXTO HISTÓRICO: A PARTICIPAÇÃO DE MULHERES NAS PESQUISAS CLÍNICAS**

Inicialmente, faz-se necessário compreender o contexto histórico da participação de mulheres nas pesquisas clínicas.

Como se sabe, no final dos anos 1950, a tragédia da talidomida foi o grande divisor de águas na regulação de medicamentos e pesquisas clínicas no mundo, na medida em que evidenciou a necessidade de métodos sistemáticos para o estudo das reações adversas produzidas por drogas medicamentosas.

Inicialmente sintetizada na Alemanha, em 1954, e apresentada como uma droga promissora, a talidomida era utilizada para diversos fins, tais como antiemético (medicamento para controle de enjoos), sedativo, hipnótico (para tratamento de insônia) e antigripal. Era, inclusive, vendida sem prescrição médica.

Para que se tenha uma ideia da dimensão da comercialização da talidomida, vale observar a enorme propaganda do medicamento: foram programados

anúncios para cinquenta publicações médicas de primeira linha, além de duzentas mil cartas para médicos e cinquenta mil cartas para farmacêuticos do mundo inteiro, chegando-se a vendas de 90 mil unidades por mês em vinte países (MORO; INVERNIZZI, 2017, p. 606).

Contudo, o uso desta substância por mulheres grávidas (afinal, funcionava como antiemético) causou diversas malformações fetais.

A síndrome da talidomida, como ficou conhecida, é marcada pela ocorrência de focomelia (aproximação ou encurtamento dos membros junto ao tronco do feto, tornando-o semelhante à uma foca); de amelia (completa ausência de membros superiores ou inferiores); ausência ou malformação dos dedos das mãos e pés; além de defeitos visuais, auditivos, cardíacos e digestivos, e pode ocorrer mesmo com a ingestão de um único comprimido, como alertado pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2014, p. 15).

O Brasil não foi exceção à tragédia global, com uma agravante: aqui o início da comercialização se deu quase 2 (dois) anos depois da identificação de efeitos adversos na Alemanha.

Hoje, justamente pelos comprovados efeitos teratogênicos, a talidomida é um medicamento de uso controlado, com normas rígidas de produção, prescrição, controle e dispensação, de acordo com a Lei nº 10.651/2003.

Nos Estados Unidos da América, como resposta aos danos causados pelo uso da talidomida, o Congresso editou em 1962 as chamadas *Kefauver-Harris Amendments*, que fortaleceram a responsabilidade da agência *Food and Drug Administration* (FDA) de instituir e revisar procedimentos para acompanhamento do desenvolvimento dos ensaios clínicos sobre a segurança e eficácia de novos medicamentos (GREENE; PODOLSKY, 2012).

Em 1974, foi instituído naquele país um comitê nacional com o objetivo de definir princípios éticos norteadores para as pesquisas, denominado Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*, no original), passo fundamental para a consolidação acadêmica da bioética (DINIZ; GUILHEM, 2012, p. 31) e que foi responsável pela elaboração do famoso Relatório Belmont, através do qual se estabeleceu o uso sistemático de princípios da bioética (*in casu*, respeito às pessoas – ou, mais modernamente, autonomia –, beneficência e justiça).

Apesar da louvável preocupação do relatório com crianças como sujeitos de pesquisas clínicas, não há uma preocupação específica com mulheres.

Em 1977, a FDA editou um documento de boas práticas denominado Considerações Gerais para a Avaliação Clínica de Medicamentos (*General Considerations for the Clinical Evaluation of Drugs*, no original), que basicamente incentiva a exclusão de mulheres em idade fértil dos estudos clínicos de fase I e II, a fim de minimizar os riscos para um eventual feto (ou nascituro, na linguagem jurídica). A exceção seriam os casos em que o estudo tivesse por objeto uma droga para tratamento de doença potencialmente fatal.

Este documento é apontado como responsável pela exclusão ou sub-representação feminina nos estudos clínicos realizados nos EUA até hoje.

Isso se deve, a bem da verdade, ao fato de que a mentalidade da época convergia no sentido de que os achados verificados nos homens, por não estarem sujeitos à interferência do ciclo menstrual e da menopausa, seriam mais confiáveis.

Mas será que corpos de homens e mulheres refletem os mesmos resultados?

Foi essa a dúvida que levou ao surgimento da linha de pesquisa denominada *sex-based biology*, que passaremos a expor.

### **3. SUB-REPRESENTATIVIDADE FEMININA E A LINHA DE PESQUISA SEX-BASED BIOLOGY**

No final da década de 1980, absolutamente insatisfeitas com o cenário das pesquisas clínicas nos EUA, mulheres pesquisadoras passaram a pressionar o Instituto Nacional de Saúde americano (*National Institutes of Health*, no original - NIH), sustentando a necessidade de serem devidamente representadas nas pesquisas clínicas.

Essa insatisfação culminou, em 1993, no *NIH Revitalization Act*, com as exigências de inclusão de mulheres na pesquisa clínica. Desde então, o NIH não pode custear, mesmo que parcialmente, quaisquer pesquisas que não cumpram com estas determinações.

Paralelamente, em 1992, relatório do *United States General Accounting Office* (GAO) apontou que também a FDA deveria garantir mais estudos sobre diferenças de gênero nos testes clínicos, na medida em que as mulheres eram sub-representadas nos estudos analisados. Segundo este relatório, o FDA deveria trazer uma definição sobre qual a representatividade adequada e não apenas prever a necessidade abstrata de uma adequação (UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 1992, p. 7).

Segundo o GAO, apesar de as mulheres terem sido incluídas em pelo menos uma das fases das pesquisas analisadas, essa inclusão não se deu de maneira proporcional à da prevalência da doença no sexo feminino, isto é, à porcentagem de ocorrência da doença para a qual a droga estava sendo testada. Essa situação ocorria em mais de 60% dos estudos analisados pelo relatório, sendo que em pelo menos 20% a participação feminina não era sequer considerada moderada, mas sim muito baixa. Outro ponto sensível, segundo este relatório, é que em alguns casos, o número absoluto de mulheres participantes dos estudos também era inferior ao número mínimo exigido pela FDA de 250 mulheres.

Para piorar, os resultados eram apresentados de maneira global, sem a indicação das especificidades observadas nas mulheres, nem mesmo sobre eventual relação com anticoncepcionais orais.

Dessa forma, no ano seguinte, a FDA editou as Diretrizes para o Estudo e Avaliação das Diferenças de Gênero na Avaliação Clínica de Medicamentos (*Guidelines for the Study and Evaluation of Gender Differences in the Clinical Evaluation of Drugs*, no original), que finalmente autorizaram a participação de mulheres em idade fértil nas fases iniciais dos estudos clínicos, sempre com critério dos pesquisadores envolvidos e obviamente desde que com o consentimento das próprias mulheres participantes (FDA, 1993).

Sublinhou-se, com o documento, a importância de se examinarem as diferenças de segurança, eficácia, farmacocinética e, quando necessário, também a farmacodinâmica da droga pesquisada entre os diferentes grupos de participantes.

Assim, a partir de 1998, por força de nova determinação do FDA, essa observação passou a ser de reporte obrigatório nos resultados, ou seja, com a devida diferenciação dos dados obtidos com base em critérios como sexo, idade

e subgrupos raciais. Trata-se da *Presentation of Safety and Effectiveness Data for Certain Subgroups of the Population in Investigational New Drug Application Reports and New Drug Application* (FDA, 1998).

Desde 1994, aliás, a FDA conta com uma pasta de saúde da mulher (*Office of Women's Health*), cujos dois objetivos principais são a proteção e promoção da saúde da mulher através de políticas públicas, ciência e desenvolvimento; bem como a proteção da participação de mulheres em ensaios clínicos, com análises de sexo, gênero e subpopulação (LIU; DIPIETRO MAGER, 2016, p. 3).

Ocorre que a FDA, ao contrário do NIH, não tem uma regra que proíba a aprovação de estudos clínicos (ou das drogas deles objeto) que não cumpram com estas recomendações, o que continua causando insatisfação por parte das pesquisadoras de saúde pública da mulher.

Nesse sentido, costuma-se apontar como evidência outro relatório do GAO (UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 2001). À época, a pasta identificou que 8 (oito) das 10 (dez) medicações retiradas do mercado norte-americano pela FDA entre 1997 e 2001 apresentavam maiores riscos de saúde para as mulheres do que para os homens.

Destas 8 (oito), é bem verdade que 4 (quatro) podem ter levado a mais eventos adversos em mulheres porque eram prescritas mais frequentemente para mulheres do que para homens (o relatório cita dois supressores de apetite, um medicamento para tratamento da síndrome do intestino irritável e um antidiabético, respectivamente, cloridrato de fenfluramina, cloridrato de dexfenfluramina, cloridrato de alosetrom e troglitazona).

As outras 4 (quatro), contudo, eram amplamente prescritas para ambos os sexos e mesmo assim tiveram mais eventos adversos no público feminino. Uma destas drogas (dicloridrato de mibefradil), para tratamento de hipertensão e angina, foi responsável pela diminuição e até parada da frequência cardíaca de usuários que, de maneira geral, eram saudáveis, mas especialmente em mulheres de idade mais avançada. Além disso, essa medicação causava efeitos adversos importantes quando tomada em conjunto com 26 (vinte e seis) outras drogas.

As outras três (dois anti-histamínicos e um remédio para tratamento de sintomas gastrointestinais, respectivamente, terfenadina, astemizol e cisaprida monohidratada), em algumas circunstâncias, causaram um prolongamento do

intervalo QT (ou seja, do período de repolarização do miocárdio ventricular – aqui grossamente traduzido como o intervalo entre as necessárias contrações do músculo cardíaco, para melhor entendimento do leitor), o que potencialmente induz a ocorrência de uma arritmia fatal conhecida como *Torsades de Pointes* (TdP).

A explicação para o fato de que mulheres têm um maior risco de desenvolver essa arritmia quando usando as referidas medicações reside nos fatos de que o intervalo QT é naturalmente maior nas mulheres e os hormônios masculinos moderam a sensibilidade cardíaca a essas drogas.

E ainda que se considerem as limitações metodológicas do relatório (a retirada de quaisquer medicações do mercado não pode levar à conclusão imediata de que as drogas são *per se* inseguras, mas sim menos seguras quando comparados com outras opções disponíveis e igualmente efetivas., além do problema prático de que o uso das medicações pode ter se dado em desacordo com a bula, por período mais extenso do que o permitido ou em combinação com outros medicamentos contraindicados, com ou sem acompanhamento médico), fato é que as conclusões ali apresentadas causaram justificado alarme entre defensores da causa das mulheres.

Além disso, o lançamento do clássico livro *Exploring the Biological Contributions to Human Health: Does Sex Matter?* trouxe conclusão categórica no sentido de que existem diferenças entre homens e mulheres a nível celular e molecular, que deveriam ser reconhecidas como uma importante variável na pesquisa clínica (INSTITUTE OF MEDICINE - US COMMITTEE ON UNDERSTANDING THE BIOLOGY OF SEX AND GENDER DIFFERENCES, 2001).

Com isso, inaugurou-se a linha de pesquisa em saúde pública conhecida como "*sex-based biology*" a qual incorporou a diferenciação entre "sexo" e "gênero", sendo o primeiro relativo à origem cromossômica de uma pessoa (também chamada de biológica) e o segundo representativo da identificação sociocultural de um determinado sexo.

Por mais óbvio que isso possa parecer para alguns, corpos femininos e corpos masculinos apresentam diferenças para muito além de seus sistemas reprodutivos, que merecem atenção por todos os envolvidos na pesquisa clínica.

As diferenças entre corpos são observadas em uma série de doenças, em todos os seus estágios: desde a prevalência (mulheres são mais acometidas

por incontinência urinária, lúpus e esclerose múltipla); o diagnóstico (mulheres e homens apresentam diferentes sintomas de infarto, por exemplo, sendo os sintomas femininos muitas vezes confundidos com sintomas de ansiedade); a severidade (algumas infecções sexualmente transmissíveis podem ter complicações a longo prazo em mulheres); e nos desfechos.

No tocante aos desfechos, pesquisadores apontam que as diferenças fisiológicas entre os sexos podem resultar em diferenças farmacocinéticas e farmacodinâmicas para algumas drogas (inclusive toxicidade), em razão, especialmente, dos diferentes níveis hormonais existentes entre os sexos, mas também de outros fatores como massa muscular, gordura corporal, enzimas e proteínas.

A segurança e a eficácia dos medicamentos, portanto, precisam ser bem delimitadas em mulheres e homens, em todos os estágios da vida.

E, muito embora já tenham se passado duas décadas destas conclusões, em 2015 o GAO novamente insistiu que não basta a participação das mulheres nos ensaios clínicos, é também necessário que se analisem devidamente e especificamente os dados coletados nas pesquisas clínicas sobre essas participantes, com a devida inclusão em tabela de conteúdo (UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE, 2015).

Estudo publicado no ano de 2022, que analisou a participação de mulheres em pesquisas clínicas sobre três tipos de doença de prevalência semelhante entre homens e mulheres, constatou que embora a participação feminina esteja maior do que a verificada em trabalhos anteriores, ainda assim não atinge o percentual da prevalência da doença e é bem inferior nos estudos de dispositivos médicos (SOSINSKY; et al, 2022, p. 7).

Diante desse cenário, é evidente que a bioética e o direito precisam estar atentos ao tema, como passaremos a expor.

#### **4. BIOÉTICA FEMINISTA: AS PERSPECTIVAS DE SEXO E GÊNERO**

Vimos no item anterior que, muito embora já tenham se passado décadas desde as primeiras denúncias de sub-representação de mulheres nos ensaios clínicos, o tema ainda é de relevância atual, especialmente para pesquisadoras feministas.

O apontamento do caráter subjetivo da opressão é um dos grandes méritos do movimento feminista, o qual revelou – e continua revelando – os pontos de contato entre políticas públicas e as relações interpessoais, bem como suas assimetrias (ALES; PITANGHY, 1985, p. 8).

Essas reflexões alcançaram também o discurso médico, marcado por tentativas autoritárias de monopólio do saber da cura.

O feminismo é uma das grandes forças a lutar pelas reflexões bioéticas em favor dos direitos do paciente, tais como: maior autonomia, informação e necessidade de consentimento livre e esclarecido.

Aliás, a própria linha de pesquisa *sex-based biology* pode ser considerada uma linha de pesquisa dentro do campo da bioética feminista.

No campo da pesquisa clínica, portanto, não se pode mais aceitar sem questionamentos as justificativas tradicionais para o afastamento das mulheres como participantes dos estudos, quais sejam, a variação hormonal do corpo feminino durante o mês e preocupações com relação à possibilidade de as participantes dos estudos engravidarem ao longo da pesquisa.

A bioética feminista vem combater as generalizações e abstrações que não respeitam diferenças raciais, étnicas, sociais, etárias e de gênero, responsáveis pela manutenção de sistemas na verdade opressivos e favorecidos pela bioética tradicionalista (DINIZ; GUILHEM, 2012, p. 97) – como a que aceita pesquisas clínicas sem representatividade adequada.

E, dentro dessa linha de maior atenção a temas de saúde da mulher, é mandatório repensar algumas questões sobre a ótica de gênero, isto é, considerando a construção sócio-histórica das identidades masculina e feminina.

Muitas vezes, essas construções se traduzem em um “*sistema de crenças que especificam o que é característico de um ou de outro sexo e, a partir daí, determinam os direitos, os espaços, as atividades e as condutas próprias de cada sexo*” (GARCIA, 2015, p. 20).

Ou seja, gênero refere-se ao que se espera como conduta de homens e mulheres em função do seu sexo, que é biológico. Por isso, a construção de gênero é histórica e se confunde com a construção social dos sujeitos como femininos ou masculinos.

Mas a medicina e a saúde estão vinculadas exclusivamente a questões biológicas?

Evidentemente que não. No campo da saúde pública, a análise de gênero é absolutamente relevante.

O corpo feminino é muito mais medicalizado do que o corpo masculino, o que historicamente se explica pelo desenvolvimento do campo da obstetrícia e do interesse da sociedade na sobrevivência de mulheres e crianças para formação das nações modernas (MELONI, 2002, p. 72); o aborto é frequentemente discutido sem uma perspectiva de saúde pública, mas com base em pautas religiosas que ignoram o protagonismo feminino na decisão sobre o próprio corpo; direitos sexuais e reprodutivos são violados sem nenhum pudor, a exemplo da esterilização, que ocorre de maneira forçada em alguns serviços que atendem mulheres em situação de vulnerabilidade, mas é negada a mulheres que não desejam ser mães.

Além disso, existe uma verdadeira indissociabilidade entre sexualidade, contracepção e gênero, na medida em que ainda hoje persiste a ideia de que a responsabilidade contraceptiva é feminina (CABRAL, 2017, p. 1095) e mantém-se enorme preocupação estética com o seu corpo, que se revela hoje na alta de cirurgias de ninfoplastia e no alto índice de mulheres em uso de supressores de apetite.

Ou seja, o fato há que de, por décadas, mulheres terem sido excluídas ou sub-representadas como participantes de pesquisas clínicas não está desconectado desta mentalidade patriarcal.

Algumas possíveis explicações reunidas para a não participação feminina em estudos clínicos são diretamente associadas ao trabalho doméstico de cuidado e à vinculação da mulher a este espaço.

Com efeito, pesquisadoras anotam que mulheres têm uma menor capacidade de transporte, comparativamente aos homens, especialmente para mulheres que vivem em áreas rurais e não dirigem. Além disso, a participação nos estudos exige uma diminuição do tempo dedicado à família e aos afazeres do lar, além de deixar algumas mulheres pouco confortáveis para aceitarem ser cuidadas (há relatos de que não queriam se sentir “um fardo” para as famílias, que teriam de transportá-las e acompanhá-las nos estudos clínicos).

Anotam-se, também, dificuldades financeiras, especialmente em países pobres nos quais as mulheres exercem sozinhas a maternidade e são chefes de família. A própria maternidade é um desafio para a participação nos estudos, porque exige a existência de rede de apoio que auxilie no cuidado com os filhos (LIU; DIPIETRO MAGER, 2016, p. 6).

Vê-se, portanto, que para devida representação feminina nas pesquisas clínicas é necessária toda uma estrutura que identifique e enderece suas vulnerabilidades próprias, como creches e horários mais flexíveis do centro de estudo capazes de contemplar suas duplas e triplas jornadas de trabalho.

É claro que isso onera o estudo clínico e é pouco desejado pelos patrocinadores, mas enquanto as mulheres não folhem olhadas em suas peculiaridades e não houver o oferecimento de condições amplas, gerais e irrestritas que as amparem, é pouco provável que se atinja a representatividade adequada na participação nas pesquisas clínicas.

## **5. O CENÁRIO BRASILEIRO**

Antes de se adentrar no mérito da questão no Brasil, há que se fazer algumas considerações gerais.

Especificamente sobre a pesquisa clínica e sua disciplina jurídica, tem-se em nível internacional o Código de Nuremberg (1947), norma principiológica, e a Declaração de Helsinque, da Associação Médica Mundial, cuja última versão é de 2013.

Domesticamente, a pesquisa clínica é disciplinada do ponto de vista ético pela Resolução n. 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde.

E, além destas normativas específicas, há também a Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002 (TOMASEVICIUS FILHO, 2015), que traz os contornos do Código sobre manifestação de vontade, negócio jurídico (cujas disposições se aplicam ao Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, segundo o autor), capacidade civil, direitos da personalidade e responsabilidade civil.

Afora os diplomas já citados, Dallari (2019, p. 37) anota também que a Resolução n. 466/2012 tem como fundamento dois tratados de direitos humanos,

quais sejam, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (ambos de 1966); além de documentos internacionais que, apesar de não possuírem a natureza jurídica de tratado, servem como referências, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2004), a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2005).

A autora pontua, ainda, que as normas internacionais de boas práticas, (*guidelines* tradicionalmente chamadas de *soft law*), constituem costume internacional e, portanto, podem ser consideradas também fonte do direito (DALLARI, 2019, p. 55).

Nenhuma destas normas traz uma atenção específica para a questão de gênero na pesquisa clínica.

Apesar disso, o Brasil tem empregado esforços notáveis na matéria de gênero, com vistas a atingir o objetivo n. 5 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Organização das Nações Unidas (qual seja, de alcançar a igualdade de gênero e empoderar todas as mulheres e meninas).

Mencionam-se, aqui, os Informativos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de Estatísticas de gênero: indicadores sociais das mulheres no Brasil, de 2018 e 2021; bem como o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero, no Poder Judiciário, editado pelo Conselho Nacional de Justiça (2021).

Especificamente no campo da saúde, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979, em vigor no Brasil desde 1981) determina, em seu art. 12, a adoção de medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos.

Nesse sentido, ainda em caráter institucional, a Sociedade Brasileira de Cardiologia elaborou, em 2019, a Carta das Mulheres, cujo objetivo primordial é estimular a melhoria das condições de saúde das mulheres brasileiras, com foco na prevenção da doença cardiovascular, que atinge igualmente homens e mulheres após a menopausa.

A carta menciona, ainda, a necessidade de fomentar atividades voltadas para a consolidação da especialidade de cardiologia entre as mulheres brasileiras (hoje apenas 30% das médicas desta especialidade) e a sua representação nos quadros de palestrantes dos eventos científicos, com o objetivo de que as mulheres exerçam um papel de liderança na discussão das políticas brasileiras para a saúde, hoje majoritariamente masculino.

É sintomático que a Carta das Mulheres tenha causa justamente na doença cardiovascular. Desde 1989, esta é uma das principais causas de morte de mulheres no mundo. A maior parte dos primeiros estudos clínicos sobre a doença, no entanto, foi feita exclusivamente com participantes homens e, mesmo hoje, ainda não contam com a participação de mulheres em números representativos.

Nesse sentido, a provocação que se busca com o presente trabalho é direcionada à Anvisa e ao Sistema CEP/CONEP. Estaria havendo um movimento dessas instituições para reflexão dos temas que lhes cabem sob a perspectiva de gênero? Não encontramos nenhuma notícia nesse sentido e, em contato informal com alguns colaboradores, também não descobrimos nenhum projeto com esta ótica.

O problema testado no presente artigo, no entanto, não escapou de uma proposta legislativa, que temos acompanhado com atenção.

### **5.1. A proposta de lei brasileira**

Como visto, ao contrário do que se poderia pensar, a metodologia para a correta inclusão de mulheres nas pesquisas clínicas não significa que a participação deve se dar de maneira equânime entre os sexos, ou seja, com a amostra dividida igualmente em duas metades representativas.

O critério chave para a elaboração de um estudo clínico é a prevalência de uma doença. Assim, na hipótese de uma doença cuja prevalência no sexo feminino é de 20%, em um primeiro momento, a existência de 20% de representantes mulheres dentre os participantes do estudo parece suficiente. É claro, conforme a pesquisa avance, é possível repensar a adequação deste número e sugerir-se novas avaliações.

Nesse sentido, faz-se aqui uma crítica à redação do Projeto de Lei nº 3.611/19, de autoria do deputado Célio Silveira (PSDB-GO), que tramita atualmente em caráter conclusivo na Câmara dos Deputados

O referido projeto, com fundamento na sub-representação feminina nas pesquisas clínicas, traz como art. 1º a seguinte redação: *“As pesquisas clínicas ou biomédicas realizadas em seres humanos devem observar a paridade do percentual dos gêneros, buscando equiparar a quantidade de homens e mulheres objetos da pesquisa”*.

A Comissão de Defesa dos Direitos da Mulher, sob a representação de Chris Tonietto (PSL-RJ) propôs emenda substitutiva alterando a redação do texto para trocar a palavra “gênero” por “sexo”, sob a justificativa de que a última refletiria um critério mais biológico. Persiste, no entanto, a antiga denominação dos participantes da pesquisa como “objetos”, superada pela Resolução CNS n. 466/2012.

Essa redação só foi alterada com o parecer e proposta de substituição de redação de autoria da deputada Rose Modesto (União-MS), com a inclusão no art. 1º do importantíssimo § 2º, segundo o qual *“a distribuição paritária prevista no ‘caput’ poderá ser dispensada no caso de existirem razões fundamentadas nos estudos pré-clínicos que recomendem percentuais diferenciados na definição da amostra populacional a ser pesquisada, devendo essa nova distribuição ser previamente aprovada pelas instâncias de controle de pesquisas com seres humanos”*.

Além disso, a deputada sugeriu a inclusão de novo artigo com previsão de penalidades em caso de inobservância dos critérios mencionados: *“art. 2º. A inobservância do disposto no art. 1º constitui infração ética e sujeita o infrator às sanções disciplinares previstas na legislação do conselho profissional a que é vinculado, sem prejuízo das sanções civis e penais cabíveis”*.

Trata-se de dispositivo interessante, mas a nosso ver, com redação ampla e irrestrita que pode ser problemática para o cenário das pesquisas clínicas no país. Sugere-se, desse modo, uma redação mais elaborada, que especifique e distribua as responsabilidades entre instituição de pesquisa, investigador principal e patrocinador.

A bem da verdade, tratando-se de questão regulatória, melhor seria contar com a provocação e apoio da ANVISA e do sistema CEP/CONEP, mas diante de sua inércia, não nos opomos à legislação, com as ressalvas acima.

## 6. CONCLUSÃO

Por tudo quanto exposto acima, entende-se que as críticas norte-americanas às pesquisas clínicas, como realizadas nas últimas décadas, são pertinentes e merecem atenção em território nacional.

Diferentemente do que já foi proposto via projeto de lei, a representação de sujeitos em pesquisas clínicas não deve buscar um percentual idêntico, mas sim um percentual que reflita a prevalência da doença a cujo fármaco se destina a pesquisa.

É fundamental compreender, também, que a sub-representação feminina é, além de um problema de ordem biológica, uma questão de gênero. Nesse sentido, a igualdade material entre os sexos formalmente inserida na Constituição Federal e objeto de tratados de direitos humanos internacionais só poderá ser alcançada se forem olhadas as condições específicas da discriminação que se busca combater.

No caso em tela, verificou-se que a sub-representação feminina na participação de pesquisas clínicas só poderá ser extirpada com a adoção de medidas legais e/ou institucionais, que compreendem a vulnerabilidade própria das mulheres pela ótica de gênero, inseridas em um contexto cultural de trabalho de cuidado com a família e o lar, em especial em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGHY, Jaqueline. O que é feminismo. São Paulo: Abril Cultural e Brasiliense, 1985.

BRASIL. Lei n. 10.651, de 16 de abril de 2003. Dispõe sobre o controle do uso da talidomida. Diário Oficial da União: 17.abr.2003.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero – Brasília, 2021. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em 5.dez.2023.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. Secretaria da Vigilância em Saúde. Departamento de Vigilâncias das Doenças Transmissíveis. Talidomida: orientações para o uso controlado. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2014. Disponível em [https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida\\_orientacao\\_para\\_uso\\_controlado.pdf](https://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/talidomida_orientacao_para_uso_controlado.pdf). Acesso em 5.dez. 2023.

CABRAL, Cristiane da Silva. Articulações entre contracepção, sexualidade e relações de gênero. In *Saúde e Sociedade*, n. 26, v. 4, São Paulo: 2017, pp. 1113-1124, p. 1.095. Disponível em <https://www.scielo.br/j/sausoc/a/kQkFx5cx9ZFhgGSdfbYWxKG/abstract/?lang=pt>. Acesso em 3.dez.2023.

DALLARI, Analluza Bolivar. *Contrato de pesquisa clínica: aspectos práticos e jurídicos*. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019

DINIZ, Débora. GUILHEM, Dirce. *O que é bioética*. São Paulo: Brasiliense, 2012

FOOD AND DRUG ADMINISTRATION. *General Considerations for the Clinical Evaluation of Drugs*, 1977. Disponível em <https://babel.hathitrust.org/cgi/pt?id=umn.31951003051226s&view=1up&seq=3>. Acesso em 5.dez.2023.

\_\_\_\_\_. *Guidelines for the Study and Evaluation of Gender Differences in the Clinical Evaluation of Drugs*, 1993. Disponível em <https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/study-and-evaluation-gender-differences-clinical-evaluation-drugs>. Acesso em 5.dez.2023.

\_\_\_\_\_. *Investigational New Drug Applications and New Drug Applications*, 1998. Disponível em <https://www.fda.gov/science-research/clinical-trials-and-human-subject-protection/investigational-new-drug-applications-and-new-drug-applications-2111998>. Acesso em 5.dez.2023.

GARCIA, Carla Cristina. *Breve história do feminismo*. São Paulo: Claridade, 2015

GREENE, Jeremy A.; PODOLSKY, Scott, H. Reform, Regulation and Pharmaceuticals – The Kefauver-Harris Amendments at 50. In *New England Journal of Medicine*, vol. 367, n. 16, out, Boston, Estados Unidos, 2012, pp. 1.481-1.483.

INSTITUTE OF MEDICINE - US COMMITTEE ON UNDERSTANDING THE BIOLOGY OF SEX AND GENDER DIFFERENCES. *Exploring the Biological Contributions to Human Health – does sex matter?*, 2001. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/books/NBK222288/>. Acesso em 5.dez.2023.

LIU, Katherine; DIPIETRO MAGER, Natalie A. Women's involvement in clinical trials: historical perspective and future implications. In *Journal of Pharmacy Practice*, v. 14, jan-mar, Granada, Estados Unidos, 2016, p. 3. Disponível em <https://www.pharmacypractice.org/index.php/pp/article/view/708>. Acesso em 3.dez.2023.

MORO, Adriana; INVERNIZZI, Noela. A tragédia da talidomida: a luta pelos direitos das vítimas e por melhor regulação de medicamentos, *História, Ciências, Saúde, Manguinhos*, Rio de Janeiro v. 24, n. 3, pp. 603-622, jul-set, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-59702017000300004>. Disponível em <https://www.scielo.br/j/hcsm/a/d3GWCXL8dxLYMpqYRyKJfPd/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em 5.dez.2023.

NATIONAL COMMISSION FOR THE PROTECTION OF HUMAN SUBJECTS OF BIOMEDICAL AND BEHAVIORAL RESEARCH. *The Belmont Report: ethical principles and guidelines for the protection of Human Subjects Research*, 1978. Disponível em [https://videocast.nih.gov/pdf/ohrp\\_belmont\\_report.pdf](https://videocast.nih.gov/pdf/ohrp_belmont_report.pdf). Acesso em 5.dez.2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Disponível em [https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao\\_cedaw.pdf](https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw.pdf). Acesso em 5.dez.2023.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE CARDIOLOGIA. Carta das Mulheres. Disponível em <https://www.scielo.br/j/abc/a/xNhJLCCtjvmMZhg3kXtn4j/?lang=pt#>. Acesso em 5.dez.2023.

SOSINSKY, Alexandra Z., et al. Enrollment of female participants in United States drug and device phase 1-3 clinical trials between 2016 and 2019. In *Contemporary Clinical Trials*, v. 115, 2022

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O código civil brasileiro na disciplina da pesquisa clínica com seres humanos. In *Revista de Direito Sanitário*, v. 16, n. 2., jul-out, São Paulo: 2015, pp. 116-146.

UNITED STATES GENERAL ACCOUNTING OFFICE. Drug Safety: Most Drugs Withdrawn in Recent Years Had Greater Health Risks for Women. Washington, Estados Unidos da América: 2001. Disponível em <https://www.gao.gov/assets/gao-01-286r.pdf>. Acesso em 3.dez.2023.

\_\_\_\_\_. Women's Health: FDA Needs to Ensure More Study of Gender Differences in Prescription Drug Testing. Washington, Estados Unidos da América: 1992. Disponível em <https://www.gao.gov/assets/hr-93-17.pdf>. Acesso em 5.dez.2023.

\_\_\_\_\_. National Institutes of Health: Better Oversight Needed to Help Ensure Continued Progress Including Women in Health Research. Washington, Estados Unidos da América: 2015. Disponível <https://www.gao.gov/assets/gao-16-13.pdf>. Acesso em 5.dez.2023.

VIEIRA, Elizabeth Meloni. A medicalização do corpo feminino. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2002



---

# *A EXALTAÇÃO DA LEI E O EMPOBRECIMENTO DO PENSAMENTO JURÍDICO*

---

*Cleber da Cruz Cunha<sup>1</sup>*

**Resumo:** O Homem é um ser social, implicando a necessidade de viver em grupo, sob o risco de, se não o fizer, não só deixar de alcançar todas as suas potencialidades, mas, também, de se tornar algo desprezível. A despeito dessa natural necessidade de conviver, é justamente nesse contexto que surgem os atritos geradores de conflitos interpessoais e sociais, exigindo um mecanismo capaz de harmonizar as relações. A lei foi, assim, estabelecida como elemento objetivo regulador das relações humanas, tendo o Direito se desenvolvido, a partir dela, pela atuação dos juízes. O presente trabalho, com base na obra “Teoría Geral Del Proceso”, de Juan F. Monroy Galvéz, pretende analisar como o desenvolvimento dos estados nacionais e o positivismo jurídico tiveram o condão de reduzir a atuação dos juízes e outros operadores do direito, a meros aplicadores da lei, gerando um empobrecimento do pensamento jurídico que replicou, no cenário brasileiro, em um certo analfabetismo jurídico.

**Palavras Chaves:** Direito. Estados Nacionais. Positivismo. Pensamento Jurídico.

## **THE EXALTATION OF THE LAW AND THE IMPOVERISHMENT OF LEGAL THOUGHT.**

**Summary:** Man is a social being, implying the need to live in a group, at the risk of, if he does not, not only failing to reach all his potential, but also becoming something

---

<sup>1</sup> Doutorando no Curso de Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios - PPGDIN/UFF; Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (2017); Pós-Graduado em Trabalho e Processo do Trabalho - Favin/Uniasselvi (2012); Pós-Graduado em Teologia e Educação Religiosa - FATAB (2016); Pós-Graduado em Direito Público (Faculdade LEGALE/2021); Graduado em Ciências Jurídicas e Econômicas pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ-2000); Graduando em Pedagogia (UNIRIO/2020). Delegado de Polícia Federal - Polícia Federal/MJ.

despicable. Despite this natural need to live together, it is precisely in this context that frictions that generate interpersonal and social conflicts arise, requiring a mechanism capable of harmonizing relationships. The law was thus established as an objective regulating element of human relations, with the Law having developed, from it, through the actions of judges. The present work, based on the work “Teoría Geral Del Proceso”, by Juan F. Monroy Galvéz, intends to analyze how the development of national states and legal positivism had the power to reduce the performance of judges and other operators of law, to mere law enforcers, generating an impoverishment of legal thinking that replicated, in the Brazilian scenario, in a certain legal illiteracy.

**Keywords:** Right. National States. Positivism. Legal Thought.

## INTRODUÇÃO

O Homem é um ser social, implicando a necessidade de viver em grupo, sob o risco de, se não o fizer, não só deixar de alcançar todas as suas potencialidades, mas, também, de se tornar algo desprezível.

Há de se ver que, a despeito dessa natural necessidade de conviver, é justamente nesse contexto que surgem os atritos geradores de conflitos interpessoais e sociais, exigindo um mecanismo capaz de harmonizar as relações, permitindo a imprescindível vida em sociedade.

A lei foi, assim, estabelecida como elemento objetivo regulador das relações humanas, estando presente na história da humanidade desde a mais remota fronteira temporal.

O termo lei, não se pode olvidar, abrange pelo menos três grandes grupos normativos, quais sejam: as leis divinas ou religiosas, que regulam as relações entre o homem e (seu) Deus, em uma perspectiva metafísica; as leis naturais, que regulam as relações entre os seres que pertencem à *natura* ou *physis*, em uma perspectiva física; e, as leis temporais ou positivas, criadas pelos homens, em seu espectro de atuação, para regular as relações interpessoais.

Há de se registrar que, a despeito de discussões sobre a diferença entre o termo norma e lei, em que a primeira seriam as regras seguidas por determinada sociedade ou país; a segunda, a norma escrita; para fins deste trabalho, haja vista a análise proposta, inclusive no que tange à digressão histórica, tomar-se-ão como sinônimos os termos norma e lei.

O Direito, por sua vez, seria uma construção que abarcaria, para além do conjunto de leis existentes em determinado contexto social, princípios, estudos doutrinários, e, ainda, a jurisprudência como resultado da atuação dos juízes que, a partir de suas decisões, construía a lei e, conseqüentemente, o Direito, atuação que teria se apequenado com os estados nacionais e o positivismo jurídico, conjunto que teria reduzido a atuação do juiz a mero aplicador da lei.

O objetivo principal deste trabalho, assim, é verificar se o desenvolvimento dos estados nacionais e o positivismo jurídico tiveram o condão de reduzir a atuação dos juízes e outros operadores do direito, a meros aplicadores da lei, gerando um empobrecimento do pensamento jurídico que redundou em um certo analfabetismo jurídico no cenário brasileiro.

A fim de alcançar objetivo principal, secundariamente, buscar-se-á o estudo histórico da atuação dos juízes; outrossim, analisar-se-á o conceito de estado nacional, a separação de poderes, e o positivismo jurídico, e, por fim, estudar-se-á inflação legislativa, o analfabetismo jurídico no cenário brasileiro.

O trabalho se desenvolverá, metodologicamente, a partir de uma revisão bibliográfica, conforme bibliografia infra citada, tendo como marco teórico principal a obra "Teoría Geral Del Proceso", do autor peruano Juan F. Monroy Galvéz.

Nesse sentido, o trabalho, em um primeiro momento analisará "a lei e a criação do Direito"; em seguida, "o estado nacional, a separação de poderes, e o dogma do juiz submetido à lei"; em um terceiro momento, "a inflação legislativa, o analfabetismo jurídico, e o cenário brasileiro"; vindo, ao fim, com a devida conclusão.

## 1. A LEI E A CRIAÇÃO DO DIREITO

O Homem, enquanto ser humano, somente alcança o pleno desenvolvimento de suas potencialidades no contato com um semelhante, implicando ser, por natureza, um animal social<sup>2</sup>, que, em situações normais, agrega-se a um grupo, sob a condição de, se assim não for, tornar-se um ser desprezível<sup>3</sup>.

A partir dessa perspectiva gregária, em uma visão aristotélica, tanto o núcleo

---

<sup>2</sup> ARISTÓTELES. Política. Trad. De Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985, p. 21.

<sup>3</sup> Ibidem, p. 21.

familiar, quanto a cidade, são criações naturais, isto é, uma estrutura que não surgiu *por determinação de uma lei, uma ordem, uma imposição, ou qualquer outra espécie de força externa, mas pela condição do ser que é o núcleo dessa estrutura, isto é, o homem*<sup>4</sup>.

Há de se observar que, a despeito da natureza gregária do homem, e do seu desejo de viver em sociedade<sup>5</sup>, é justamente nessa necessária e natural aproximação que surgem os atritos geradores de conflitos interpessoais e sociais que exigiram o estabelecimento de um mecanismo capaz de harmonizar as individualidades, na busca de um equilíbrio entre liberdades, ou, em uma percepção hodierna, uma ponderação entre direitos e deveres, principalmente quando se está diante de casos difíceis (*hard cases*)<sup>6</sup>, o que se mais instou com a estrutura axiológica citada por Bauman, no desenvolvimento do conceito de liquidez social, no qual, entre outras coisas, os sujeitos são identificados como mercadorias a serem consumidas pelo seu próximo, e não como seres humanos<sup>7</sup>.

A lei é, assim, escolhida como elemento objetivo regulador das relações interpessoais e sociais estando presente na história da humanidade desde a mais remota fronteira temporal, como parâmetro da atuação do julgador<sup>8</sup>, e como fonte de elaboração do Direito<sup>9</sup>, e, a partir disso de um estado de direito, que, com já posto, viabilizou as sociedades humanas<sup>10</sup>.

Há de se registrar que, como posto na introdução, o termo lei se refere, no objeto desde trabalho, a lei do homem<sup>11</sup>, ou seja, a lei elaborada a partir de

---

<sup>4</sup> CUNHA, Cleber da Cruz Cunha. Os desafios da manifestação de pensamento no estado democrático de direito: uma abordagem discursiva. Dissertação (Mestrado em Justiça Administrativa) – Programa de Pós-graduação em Justiça Administrativa, Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2017, p. 16.

<sup>5</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondar, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia), p. 15.

<sup>6</sup> NOVELINO, Marcelo. Direito constitucional. 6 ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 143-144.

<sup>7</sup> FIGUEIREDO, L. V.; ALVISI, E.; PAUSEIRO, S. G. M. Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do pensamento de Bauman e Sandel. REVISTA DA AGU, v. 18, n. 01, jan./mar., 2019, p. 198.

<sup>8</sup> GÁLVEZ, Juan F. Monroy. Teoría geral del proceso. Primera edición. Lima/Peru: Palestra, 2007, p. 530.

<sup>9</sup> Ibidem, p. 530.

<sup>10</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. Democracia e cidadania como condições de possibilidade da sociabilidade e do estado de direito. In MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.). Conferencias Magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Cidadania y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019, p. 29.

<sup>11</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996 (Paidéia), p.11.

seres inteligentes<sup>12</sup>, e, assim, as leis civis e políticas criadas pelos legisladores<sup>13</sup>, afastando, logo, as leis da religião<sup>14</sup>, e as leis naturais<sup>15</sup>, salvo, por lógico, as citações históricas feitas por Galvéz, como se verá abaixo.

O Direito, como uma das esferas normativas fundantes da sociedade<sup>16</sup>, na perspectiva introduzida acima, está para a lei em uma relação de continente e conteúdo, em que esta última seria elemento do conjunto Direito, ao lado de outros elementos como princípios, doutrina e jurisprudência<sup>17</sup>, cujo conjunto formaria o arcabouço estrutural e fonte do Direito e, assim, da ciência jurídica.

Essa estruturação parece se observar tanto na perspectiva do *civil law*, quanto na do *common law*, em que a lei seria, como posto acima, a fonte balizadora de atuação dos operadores<sup>18</sup>, e de estruturação, construção e evolução do Direito, principalmente se a lente estiver focada na atuação do magistrado, identificado aqui, em um primeiro momento, como o responsável por resolver o conflito de interesse contido em um processo<sup>19</sup>, independentemente da estruturação efetiva de um Poder Judiciário como entendido hodiernamente.

GALVEZ (2007, p. 529) afirma, nesse sentido, que *el juez ha sido, a o largo del desarrollo espiritual de la humanidad, un creador de Derecho*; apontando, em seguida, sua tese, *in verbis*:

Nuestra tesis es que em la mayoría de las lociedades, el juez construyó – y seguirá construyendo, pronosticamos – su decisión teniendo em cuenta la norma jurídica, es decir, elaboró el Derecho a partir de ella<sup>20</sup>.

Nossa tese é que, na maioria das sociedades, o juiz construiu – e continuará construindo, prevemos – sua decisão levando em conta a norma jurídica, ou seja, elaborou a Lei com base nela. (tradução livre).

Nessa perspectiva, vê-se que entre 1792 e 1748 a.C., reinou na Suméria Hamurabi, monarca que unificou e organizou o país, por leis que foram reunidas no conhecido Código de Hamurabi, que previa o serviço da justiça como uma

---

<sup>12</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>13</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>14</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>15</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>16</sup> GALVÉZ, *opus cit.*, p. 31.

<sup>17</sup> NOVELINO, *opus cit.*, pp. 8-16.

<sup>18</sup> Ibidem, p. 530.

<sup>19</sup> Ibidem, p. 528.

<sup>20</sup> Ibidem, p. 530.

função do Estado, exercida através de tribunais especializados, em que os juízes decidiam de forma expressa e por escrito para garantir a autenticidade da decisão<sup>21</sup>.

GALVÉZ (2007, p. 531), então, afirma que o Código de Hamurábi teria um conteúdo casuístico, parecendo ter sido elaborado sobre as decisões tomadas pelos juízes e assumidas como idôneas pela sociedade<sup>22</sup>, implicando, na tese posta pelo autor, que o Código de Hamurábi teria sido estruturado para além de eventual norma posta, por decisões judiciais, o que formaria, em uma leitura atual, o cabedal do Direito daquela sociedade.

O desenvolvimento do Direito, ao longo do desenvolvimento espiritual da humanidade<sup>23</sup>, e na ideia de sua construção para além da lei, encontra-se reconhecida, ainda, na história da doutrina jurídica da Índia, cujo Código de Manu, ou Livro das Leis de Manu, escrito ente 600 e 250 a. C., era reconhecido pela sua natureza de lei divina, implicando a efetiva necessidade dos estudos jurídicos, seja por parte dos juízes, seja por parte dos doutrinadores, na interpretação da referida lei<sup>24</sup>.

A despeito da identificação do Código de Manu como uma lei de origem divina, que vincula a essência da manifestação social ao religioso, outorgou-se efetiva importância à jurisprudência, rompendo-se, nesse sistema, o mito da obrigatoriedade da lei, base sob a qual o sistema judicial indiano se desenvolveu<sup>25</sup>, implicando uma construção do direito para além da lei, através da atuação dos juízes e doutrinadores.

Outro importante registro histórico do desenvolvimento do Direito, na linha posta por Galvéz, foi o Direito Hebreu, cuja fonte primeva seria uma lei oral, que fundamentou a organização do povo, sendo um antecedente natural da Lei Mosaica<sup>26</sup>, que, após destruição de Jerusalém, agregado princípios do direito romano, e com influência paralela da Bíblia, teria sido a base da elaboração de uma obra chamada Talmud, cuja formação agregaria normas jurídicas, opiniões, decisões jurídicas e interpretações da lei mosaica<sup>27</sup>.

---

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 531.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 531.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 529.

<sup>24</sup> *Ibidem*, pp. 532-533.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pp. 533-534.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 535.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 535-536.

O Talmud ampliou a atuação do juiz, dando-lhe liberdade de atuar na resolução do caso concreto, possibilitando a devida interpretação e consequente adequação da lei ao caso concreto<sup>28</sup>. Isso não implicava desatendimento ou menosprezo da lei mosaica, que continuava como norte que dirigia suas decisões<sup>29</sup>, implicando, parece, na leitura posta, um desenvolvimento do direito hebreu a partir da atuação de juizes e outros atores que participavam do sistema jurídico vigente na época.

O desenvolvimento do Direito, ao longo da história da humanidade, passa necessariamente pela tradição jurídica romana, particularmente no que tange à transcendência histórica dessa tradição na sociedade ocidental<sup>30</sup>.

GALVÉZ (2007, p. 539) aponta que a contribuição mais importante da tradição jurídica romana não seria a norma escrita, mas o desenvolvimento do pensamento jurídico dos jurisconsultos e pretores, cuja atuação se consolidou na maior manifestação de cultura jurídica que se conhece<sup>31</sup>, afirmando, ainda, que:

Los pretores y los jurisconsultos fueron los grandes intérpretes y creadores del derecho romano. Concientes de que la ley escrita tenía un lento proceso de modificación, asumieron el encargo de penetrar em el espíritu de la ley y convertirla em un instrumento útil para la exigência actual de la sociedade (...) pues la providencia de los magistrados no debe omitir lo que se omitió em las leyes<sup>32</sup>.

Os pretores e os jurisconsultos foram os grandes intérpretes e criadores do direito romano. Concientes de que a lei escrita sofria um lento processo de modificação, assumiram a tarefa de penetrar no espírito da lei e torná-la um instrumento útil para as demandas atuais da sociedade (...) o que foi omitido nas leis". (Tradução Livre).

Os romanos, a partir da atuação dos jurisconsultos e pretores, ao que parece, estabeleceram uma diferença entre os conceitos de *ius* (Direito) e *lex* (Lei), em que a lei seria expressão da vontade política, não estando necessariamente ligada às exigências da sociedade; enquanto o direito seria o conjunto de relações provenientes de diferentes matrizes sociais, entre eles a sabedoria interpretativa do jurista que atua sobre a norma e orienta sua atuação às finalidades do bem comum<sup>33</sup>.

---

<sup>28</sup> Ibidem, p. 536.

<sup>29</sup> Ibidem, p. 537.

<sup>30</sup> Ibidem, p. 539.

<sup>31</sup> Ibidem, p. 539.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 539.

<sup>33</sup> Ibidem, p. 540.

O Direito Romano, assim, seria o resultado de uma evolução ou de um aperfeiçoamento que se teria ocorrido através dos tribunais, que atuariam como verdadeira usina jurídica, onde o direito seria retomado e reestruturado em sua devida forma, ou seja, *el instrumento más poderoso para concretar una sociedade con justicia, paz y libertad*.<sup>34</sup>

Não se pode olvidar, como posto acima, que o Direito Romano, mesmo após a queda do Império, predominou no ocidente europeu, através do *Corpus Iuris Civilis*, que seria uma grande compilação do Direito Romano, difundida pelo trabalho dos glosadores, eminentemente influenciado pelo cristianismo, cuja doutrina reconhecia a existência das leis eternas, das leis naturais e das leis temporais ou humanas<sup>35</sup>

Nesse contexto, o homem era reconhecido como criação divina e, assim, centro do Direito, devendo se submeter à autoridade pública, que deveria atuar de forma não arbitrária, seguindo leis que não contradiziam às leis eternas ou divinas<sup>36</sup>. Essa estruturação implicava uma atuação dos juizes pautada no princípio da equidade, com o fim de produzir sentenças justas, o que explica a incidência do princípio da livre convicção do juiz no Direito Canônico, que permitia uma liberdade em resolver os conflitos com base na consciência<sup>37</sup>.

Outros conceitos e estruturas importantes, tendo como fonte o *Corpus Iuris Civilis*, foram desenvolvidas neste período, como o Digesto, o Código Justiniano, as Instituições, as *Communis Opinio Doctorum*, o que, por questão de espaço e objetivo específico deste trabalho, deixa-se de aprofundar<sup>38</sup>.

O importante é registrar, na leitura de GALVÉZ (2007, p. 547), que na Idade Média avançada a função do juiz, ao contrário do que normalmente se afirma, não estava totalmente submetida ao mandato lei, situação que se observava também em outras sociedades<sup>39</sup>.

A análise posta mostra que, no desenrolar da história da humanidade, houve uma imbricada relação entre a lei e o Direito, em que, através da atuação dos juizes e outros atores, vê-se um protagonismo desses que, com fulcro na lei, desenvolveram

---

<sup>34</sup> Ibidem, p. 542.

<sup>35</sup> Ibidem, p. 544.

<sup>36</sup> Ibidem, p. 544.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 544.

<sup>38</sup> Ibidem, pp. 545-547.

<sup>39</sup> Ibidem, p. 547.

o direito, que passou a ser o grande continente que continha para além da lei estrita, elementos outros como princípios, doutrina e jurisprudência, cujo conjunto formaria o arcabouço estrutural do Direito e, assim, da ciência jurídica.

O exame desenvolvido se deu sob o foco da lei, que, independente da época ou de outros fatores históricos e sociais, é o elemento objetivo regulador das relações interpessoais e sociais, e, em torno da qual orbitam os operadores, seja na perspectiva da *civil law*, seja na da *common law*.

GALVÉZ (2007, p. 553), a despeito de trabalhar sua com base, ao que tudo indica, na perspectiva da *civil law*, analisa, em paralelo, a atuação do juiz como construtor do direito nas sociedades que se estruturam a partir do sistema jurídico do *common law*<sup>40</sup>.

A construção do Direito no sistema *common law* parece se confundir com a própria atuação dos magistrados, o que se subtrai das próprias características do sistema, no qual se vê, entre outras coisas, uma transcendente função da função judicial no destino da sociedade, e o método de elaboração da lei com base nas decisões judiciais<sup>41</sup>.

A atuação dos juízes, no sistema *common law*, firma-se desde a histórica Carta Magna, quando se estabeleceu um dos direitos humanos mais importantes e transcendente, ou seja, o direito ao devido processo legal, que se perfazia pela atuação do juiz na luta para limitar o poder do rei, através de decisões que continham mandatos proibitivos, o que exigia uma segurança e uma independência do juiz<sup>42</sup>.

A atuação do magistrado, no *common law*, faz-se ainda através de institutos como o *Contempt of Court*, que outorga ao juiz poder para determinar a detenção de toda pessoa que não obedece aos seus mandamentos, incluindo, inclusive membros do parlamento<sup>43</sup>, o que mostra a força da decisão do juiz, como marca de sua atuação como construtor do Direito para além de uma mera submissão à lei.

Essa atuação dos membros do Poder Judiciário da metrópole parece ter influenciado inclusive a prática política e jurídica de ex-colônias<sup>44</sup>, como os

---

<sup>40</sup> Ibidem, p. 553.

<sup>41</sup> Ibidem, p. 553.

<sup>42</sup> Ibidem, pp. 554-555.

<sup>43</sup> Ibidem, p. 557.

<sup>44</sup> ALVISI, E. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 20, 2009, p. 62.

Estados Unidos, na qual se identifica, por exemplo, o *Judicial Review*<sup>45</sup>, que facultava ao magistrado a não aplicação de uma norma, independentemente de eventual pedido da parte, quanto aquela era contrária ou violava à Constituição<sup>46</sup>, implicando ampliação da atuação do juiz, e, por consequência, sua proatividade na construção do Direito.

NOVELINO (2012, pp. 21-22), citando MATTEUCCI, nessa perspectiva, ao analisar a evolução histórica do constitucionalismo, em particular no que tange à Inglaterra, afirmou que:

A subordinação do governo ao direito só foi possível na Inglaterra graças à independência dos juízes em relação ao poder político e, sobretudo, pela particularidade do direito inglês de considerar, ao lado das normas legislativas emanadas do Parlamento, os precedentes judiciais e os princípios gerais do direito contidos no *common law*, um direito dos quais os juízes são conservadores e depositários<sup>47</sup>.

Essa atuação do juiz e outros atores sofre, parece, revezes com o advento dos estados nacionais e a concepção da separação dos poderes, principalmente no que tange à atuação do juiz no sistema *civil law*, do qual decorre, em regra geral, o Direito brasileiro, como se analisará abaixo.

## 2. O ESTADO NACIONAL, A SEPARAÇÃO DE PODERES, E O DOGMA DO JUIZ SUBMETIDO À LEI

A análise iniciada acima mostrou, contra o que normalmente se afirma, que a atuação dos juízes, até a Idade Média avançada, não estava totalmente submetida ao comando da lei<sup>48</sup>, ao revés, viu-se que havia um efetivo protagonismo dos magistrados e de outros atores na construção e desenvolvimento do Direito para além do comando legal.

Há de se observar, no entanto, que, com o auge dos estados nacionais e com o predomínio do positivismo no campo jurídico, identificou-se um juiz com uma atuação apequenada, como um simples aplicador da lei<sup>49</sup>, o que parece ter redundado

---

<sup>45</sup> GALVÉZ, *opus cit.*, pp. 555-557.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 555.

<sup>47</sup> NOVELINO, *opus cit.*, pp. 21-22.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 547.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 547.

em um empobrecimento do pensamento jurídico<sup>50</sup>, e, conseqüentemente, do Direito, em uma das mais profundas crises das ciências jurídicas<sup>51</sup>.

O estado nacional<sup>52</sup>, nesse sentido, parece ter sido consequência de uma resposta aos sistemas monárquicos, no qual o Estado estava personificado no rei<sup>53</sup>, principalmente quando em sua forma extremada, ou seja, o absolutismo despótico, que concentrava na esfera do soberano – monarca - todo o domínio do poder, exercendo-o sem lei e sem regra, impondo, por força, sua vontade e caprichos<sup>54</sup>, o que se resume, parece, na frase “o Estado Sou Eu”<sup>55</sup>, o que incluía, na perspectiva deste trabalho, o domínio sobre a construção e o desenvolvimento do Direito.

A partir dos movimentos revolucionários dos séculos XVII e XVIII, estruturam-se Estados que, ou adotam a forma republicana, ou, mantendo a forma monárquica, a estruturam de forma a garantir a limitação do poder monárquico, como, por exemplo, com a adoção do sistema parlamentarista.

Há de se observar que, em um ou outro caso, como regra geral, adotou-se a tripartição do poder, distribuído o poder estatal em funções essenciais do Estado, em que a um cabe criação da lei, a outro a execução, e a um terceiro o dever de fazer se cumprir o devido quando desobedecida a norma, de forma a se obter o devido balanceamento e mútuo controle do exercício do poder estatal, <sup>56</sup>.

BONAVIDES (1995, p 139), partindo da distinção de Montesquieu, afirma, em relação a referida tripartição, que ao Poder Legislativo caberia fazer, aperfeiçoar ou ab-rogar leis; ao Poder Executivo caberia ocupar-se com a paz, a guerra, segurança, etc, parecendo apontar para uma concretização dos *mandamus* legais; enquanto que ao Poder Judiciário caberia a faculdade de punir os crimes ou julgar os dissídios da ordem civil.

<sup>50</sup> Ibidem, p. 550.

<sup>51</sup> Ibidem, p. 529.

<sup>52</sup> Há de se registrar que, a despeito da importância da análise do contexto histórico, não será aprofundado o tema nessa perspectiva, devido, por um lado, a questão de tempo e espaço, e, por outro, pela proposta do trabalho.

<sup>53</sup> ALVISI, E. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. *in* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 20, 2009, p. 60.

<sup>54</sup> MONTESQUIEU, Charles de Secondar, Baron de, 1689-1755. O espírito das leis. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia), p. 19.

<sup>55</sup> TUPINAMBÁ, Renata Moura. A possibilidade de o poder judiciário afastar normas criadas pelo poder legislativo diante das circunstâncias do caso concreto. *In* Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/ Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009, p. 1309.

<sup>56</sup> GALVÉZ, *opus cit.*, p. 548.

A análise da estruturação dos estados nacionais mostra que houve uma exaltação da lei<sup>57</sup>, que ganhou contornos elevados como elemento objetivo regulador das relações interpessoais e sociais, parecendo buscar um ordenamento político impessoal, com doutrinas de limitação de poder, mediante formas de contenção da autoridade e estabelecimento de garantias judiciais<sup>58</sup>.

Há de se registrar que, quando se fala da exaltação da lei, está se falando, ao que tudo indica, de uma lei estruturada com base na perspectiva da doutrina ou filosofia positivista, que predominava no período das grandes revoluções dos séculos XVII e XVIII, e no conseqüente auge dos estados nacionais<sup>59</sup>.

O Positivismo, nessa perspectiva, e, no contexto posto, é uma linha ou sistema filosófico<sup>60</sup> que, a partir do renascimento, retoma as ideias da Grécia clássica sobre ciência<sup>61</sup>, estruturando o saber científico no âmbito do domínio humano – *physis* ou *natura*; com busca da causa natural e condicional do ser – *conditio sine qua non*; porém, dentro do limite possível do saber humano – *arqué*; cujo resultado seja um saber científico no limite da capacidade humana – *logós*<sup>62</sup>.

A visão positiva dos fatos passa, assim, a buscar um pronunciamento no mundo em oposição ao espírito teológico e metafísico<sup>63</sup>, baseando-se na inteligência humana<sup>64</sup>, aceitando como reais somente *os conhecimentos que repousam sobre fatos observáveis*<sup>65</sup>, abandonando, segundo Comte, a consideração das causas dos fenômenos, voltando-se para a pesquisa de suas leis, como relações constantes entre situações observáveis<sup>66</sup>.

A lei, na perspectiva positivista, teria como fonte, parece, a razão humana<sup>67</sup>, em

---

<sup>57</sup> Ibidem, p. 550.

<sup>58</sup> BONAVIDES, *opus cit.*, p. 136.

<sup>59</sup> GALVÉZ, *opus cit.*, p. 547. arque

<sup>60</sup> COMTE, Auguste 1798-1857. Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista / Auguste Comte; seleção de textos de José Arthur Giannotti; traduções de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. — São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Os pensadores), Discurso Sobre o Espírito Positivo, Primeira Parte, Item I.

<sup>61</sup> Ibidem, Curso de Filosofia Positiva, Primeira Lição. Item V [pág. 8].

<sup>62</sup> FREITAS, Hélia Maria Soares de; BARRENECHEA, Miguel Angel de. Filosofia e educação- Unirio. v. único. Rio de Janeiro: Fundação CECIERJ, 2014, pp.66-68.

<sup>63</sup> COMTE, *opus cit.*, Curso de Filosofia Positiva, Primeira Lição. Item V [pág. 8].

<sup>64</sup> Ibidem, Curso de Filosofia Positiva, Primeira Lição. Item III [pág. 6].

<sup>65</sup> Ibidem, Curso de Filosofia Positiva, Primeira Lição. Item III.

<sup>66</sup> Ibidem, Vida e Obra. O Pensamento Positivo.

<sup>67</sup> MONTESQUIEU, *opus cit.*, p. 16.

uma construção intencional dirigida à conduta humana<sup>68</sup>, que afastaria eventual tendência ideológica<sup>69</sup>, e, assim, metafísica ou mística<sup>70</sup>, concebendo a norma de acordo com sua própria essência e estrutura<sup>71</sup>, pretendendo libertar da ciência jurídica todos os elementos que lhe são estranhos – Psicologia, sociologia, ética, e teoria política - Metodologia Fundamental; não nega a conexão, porém intenta evitar o sincretismo metodológico<sup>72</sup>.

O positivismo jurídico - cujo ápice teria ocorrido, provavelmente, em sede teórica, com a obra de Kelsen<sup>73</sup>, e o desenvolvimento e estabelecimento dos estados nacionais, com a adoção da teoria da tripartição do poder, como visto acima, geraram um ambiente em que a lei, produzida pelo Poder Legislativo, passou a ser, ao que parece, a fonte do desenvolvimento do Direito, em nível de, em casos de obscuridade ou omissão da lei, e devido ao monopólio legislativo, exigir-se o envio do caso aos órgãos legislativos para a decisão de criação de eventual lei para o caso concreto<sup>74</sup>, implicando a submissão do juiz à lei<sup>75</sup>, como mero aplicador da mesma no caso concreto<sup>76</sup>.

O conjunto de fatores postos, ou seja, o desenvolvimento dos estados nacionais, com a adoção da teoria da tripartição do poder, e a influência do sistema positivista, na leitura feita por Galvéz, levou a uma redução da atuação do juiz, que, submetido ao dogma legal, deixou de ser um ator no desenvolvimento do Direito enquanto ciência jurídica, como se vislumbrava outrora, e analisado acima.

A atuação do operador do Direito, em particular do magistrado, nessa linha positivista, parece ter sido reduzida a uma operação de adequação do fato à norma, sob o princípio kelseano da imputação<sup>77</sup>, em que, sem se preocupar com uma explicação causal dos fenômenos, vincula um ilícito a sua consequência jurídica<sup>78</sup>.

---

<sup>68</sup> KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito/Hans Kelsen; [Tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior), p. 6.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 316.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 118.

<sup>72</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>73</sup> GALVÉZ, p. 550.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 548.

<sup>75</sup> *Ibidem*, p. 549.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 529.

<sup>77</sup> KELSEN, *opus cit.*, pp. 84-91.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 91.

Não se pode olvidar que, a despeito desta construção positivista que suportou o desenvolvimento da Teoria Pura do Direito, Kelsen (1998, pp. 84-91), na perspectiva da interpretação da lei e de sua aplicação, afirmou que uma norma não pode vincular todas as direções possíveis, apontando uma margem - ora maior, ora menor – de livre apreciação, como um quadro ou moldura a ser preenchido<sup>79</sup>, abrindo, ao que parece, para a possibilidade de um a interligação com outras áreas de saber<sup>80</sup>, e, assim, para a criação do Direito<sup>81</sup>.

Há de se observar que, apesar da possibilidade posta pelo próprio Kelsen, talvez expoente máximo do positivismo jurídico, e a contraposição de outros atores vinculados à perspectiva não formalista<sup>82</sup>, os princípios positivistas kelseano, inclusive no que tange à estrutura escalonada do direito<sup>83</sup>, ou da ordem jurídica<sup>84</sup>, também conhecida como “pirâmide de Kelsen”, parecem ainda ter grande influência, notadamente no que tange à realidade brasileira, principalmente no que tange à atuação executiva do Estado, quando o exercício da função gira em torno das leis, em submissão efetiva ao princípio da legalidade.

Essa situação, ou seja, atuação estatal executiva submissa ao princípio da legalidade, em particular no que tange à função executiva, aponta, na linha da tese de Galvéz, senão para um empobrecimento da construção do Direito, para um certo analfabetismo jurídico, situação que melhor se analisará abaixo.

### **3. A INFLAÇÃO LEGISLATIVA, O ANALFABETISMO JURÍDICO, E O CENÁRIO BRASILEIRO**

O Brasil, com o renascimento jurídico ocorrido com a Constituição Federal de 1988, reestrutura-se como uma república democrática de

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, pp. 387-388.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 393.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 394.

<sup>82</sup> Há de se registrar, em rasa análise, que Formalismo é o nome dado a um amálgama de teorias cujos fundamentos se pautam no positivismo, na sistematização, e na justificação do mais específico para o mais geral; e o não formalismo, antiformalismo, e/ou pós-formalismo, correntes que, com vários vieses e fundamentos distintos, contrapõem-se ao formalismo. Para aprofundar o tema vide: Rocha, S. A. (2011). *Evolução histórica da teoria hermenêutica: do formalismo do século XVIII ao pós-positivismo*. *Lex Humana* (ISSN 2175-0947), 1(1), 77–160. Recuperado de <https://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/5>.

<sup>83</sup> Há de se registrar que, a despeito da ideia geral de que a escalonamento da ordem jurídica ter sido criação de Kelsen, esse afirma que, na realidade, a teoria teria sido desenvolvida por Adolf Julius Merkl - reconhecido pelo próprio Kelsen como, aluno, amigo e, cofundador da Teoria Pura do Direito. *Vide*: SILVA, Matheus Pelegrino. *Contribuições de Merkl à Teoria Pura do Direito*. In *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, V.10, N.4, 2019, pp. 2567-2595.

<sup>84</sup> Kelsen, *opus cit.*, p. 246.

direito, o que traz, no bojo dessa formatação estatal, uma série de compromissos vinculados aos bens estatais, ao exercício do poder, e ao objeto regulador das demandas sociais.

A república, enquanto forma de governo, entre outras coisas, firma o Estado sob a perspectiva de que todos os bens que suportam a existência estatal são públicos, *res publica*, e, assim, de titulação coletiva, o que implica que sua utilização deveria se dar de forma impessoal e sempre voltada ao bem comum.

A democracia, por sua vez, firma o Estado sob o foco da titularidade e do exercício do poder estatal, que, em contraposição à monarquia, em particular a monarquia absolutista, cujo titular era um – o monarca, dilui o poder, outorgando-o ao povo, que passa a ser o seu titular, cujo exercício se dá de forma direta ou indireta, conforme cada caso, passando a ter, assim, um papel ativo na história, como ator indispensável no cenário político<sup>85</sup>.

O estado de direito, por sua vez, aponta para uma estruturação estatal que se forma em torno da norma, como elemento estabilizador da sociedade, que decorre de um processo que se perfaz, em tese, pela ação comunicativa de seus vetores<sup>86</sup>, em um arranjo que se legitima pelo diálogo entre os diversos elementos que compõem o povo, seja na perspectiva do indivíduo em particular, seja na de outros atores sociais em geral, como grupo de interesses.

Há de se observar que, quando se fala em estado de direito, a partir da própria evolução do conceito, que passou pelo estado liberal de direito, o estado social de direito, e pelo estado democrático de direito<sup>87</sup>, este último que firma o a reestruturação estatal brasileira ocorrida com a Constituição Federal de 1988, pensa-se em um conjunto de elementos que estão para além da lei em sentido estrito, incluindo, jurisprudência, doutrina, e princípios, que, em seu todo, formam o arcabouço do que pode se conhecer como estado de direito.

---

<sup>85</sup> ALVISI, E. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. *in* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 20, 2009, p. 60.

<sup>86</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. Democracia e cidadania como condições de possibilidade da sociabilidade e do estado de direito. *In* MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.). Conferencias Magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Cidadania y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019, p. 35.

<sup>87</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed.. rev., atual. São Paulo: MALHEIROS, 2011, pp. 112-122.

Há se registrar que essa perspectiva de um estado de direito para além da mera estruturação legal foi regrada na ordem jurídica brasileira, ainda que sob o enfoque do processo administrativo, nos termos do artigo, 2, parágrafo único, inciso I, da Lei nº 9784/99, no qual se lê que, no âmbito dos processos administrativos, serão observados, entre outros, a “atuação conforme a lei e o Direito”, ficando evidente que, além da atuação conforme à lei, há de se observar, igualmente, os princípios administrativos<sup>88</sup>.

A despeito da descrição doutrinária do estado de direito, a prática na estrutura estatal brasileira parece estar arraigada no princípio da legalidade estrita, refletindo, como posto acima, uma aproximação da leitura positivista kelseana, que implica uma submissão ao texto legal, que redundava, na leitura de Galvéz, em um empobrecimento da construção do Direito.

Há de se ver que existe um contraponto a esta realidade posto pelo Poder Judiciário que, ao que tudo indica, passou, com o amadurecimento da nova formatação estatal decorrente da Constituição Federal de 1988, a atuar, na função judicante, para além do texto legal, desenvolvendo, a partir do texto de lei<sup>89</sup>, jurisprudência que, em um movimento cíclico, lê e relê a lei, criando, assim, um estado de direito, para além do estrito da norma, que, em um ponta resolve um caso concreto, e, na outra, fomenta a firmação, a modificação, e mesmo a criação de novas normas ou a releitura de normas postas, em desenvolvimento do direito que parece ir de encontro ao empobrecimento jurídico apontado por Galvéz.

Essa realidade, porém, não se vê na função executiva do Estado, na qual parece imperar o princípio da legalidade, e, em particular o princípio da legalidade estrita, implicando um atuar positivista, que implica, em uma ponta, no empobrecimento jurídico, e, na outra, em um certo analfabetismo jurídico, que exige para cada ato uma norma estrita, sem a qual o servidor público, *longa manus* executor do Estado, não consegue atuar.

Nessa perspectiva, vê-se, na realidade brasileira, uma efetiva inflação

---

<sup>88</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 25 ed. atualizada por Eurico de A. Azevedo, Délcio B. Aleixo, e José Emmanuel B. Filho. MALHEIROS: São Paulo, 2000, pp. 82-83.

<sup>89</sup> HANSEN, Gilvan Luiz. Democracia e cidadania como condições de possibilidade da sociabilidade e do estado de direito. In MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.). Conferencias Magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Cidadania y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019, p. 31.

legislativa, com promulgação anual de diversas novas normas legais<sup>90</sup>, implicando a produção de vários outros normativos infralegais como decretos, instruções normativas, pareceres vinculantes, ofícios-circulares, etc.

Observa-se, nesse cenário, que o servidor que atua na ponta do sistema, atenta-se, como regra, para a norma que está mais próxima de sua função, a qual é seguida de forma irrestrita, sem qual quer aferição de legitimidade da mesma, em relação a norma superior, como requer o próprio sistema positivista, e, nesse sentido, sem qualquer análise crítica da mesma<sup>91</sup>, redundando em uma inversão da chamada “pirâmide de Kelsen”, quando a norma infralegal, mesmo que vá contra a lei ou mesmo a Constituição Federal, passa a ter precedência de cumprimento, frente a obrigatoriedade da submissão ao princípio da legalidade, implicando, muitas vezes, por mais contraditório que pareça, em injustiças pautadas na observância estrita da lei.

ALVISI (2009, p. 56), ao analisar os Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império, em recorte temporal distinto, mas importante no que tange ao cenário brasileiro, apontou, parecendo ir na mesma direção, que o positivismo impediria um exame crítico dos fundamentos, “convertendo-se numa concepção acríica do direito”, o que aparentemente permeou a história do direito brasileiro até os dias atuais.

Há de se registrar que não se está aqui discutindo a importância do regramento e da uniformização da atuação do Estado, inclusive no que tange ao dever de observar os comandos legais<sup>92</sup>, o que se mostra necessário, principalmente quando das atividades efetivamente rotineiras, o que suporta, inclusive, a ideia primeva de burocracia, que é a base da estruturação da maioria dos Estados hodiernamente, mas, sim, uma atuação irrefletida do servidor frente à uma norma infralegal que pode não ter suporte legal ou constitucional, principalmente quando se está diante de situações, como processos administrativos, nas quais se discute um direito do cidadão.

---

<sup>90</sup> Há de se registrar que somente no ano de 2022, no âmbito federal, até o momento da entrega deste trabalho, foram expedidas 148 leis ordinárias, que replicam em diversos outros normativos infralegais. Fonte: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/leis-ordinarias/2022-leis-ordinarias>.

<sup>91</sup> ALVISI, E. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. *in* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 20, 2009, p. 56.

<sup>92</sup> VIEIRA. Sérgio Túlio Santos. A administração pública contrafactual: ética e moralidade discursiva. Rio de Janeiro: Instituto EDS, 2021, p. 147.

Essa observação estrita das normas proximais, sem uma capacidade de leitura crítica, não só quanto à norma em si, mas, também quanto ao mundo o que o rodeia<sup>93</sup>, tem implicado, por um lado, parece, certo analfabetismo jurídico, em que o servidor sequer conhece a norma legal ou constitucional que suporta o seu atuar, cumprindo estritamente a instrução mais próxima; e, por outro, um enfraquecimento da função executiva, principalmente quando se discute direito do cidadão, incluindo aqueles discutidos em processos administrativos, como posto acima, o que reflete na efetiva busca do Poder Judiciário, em sobrecarregamento da função judicante, quando se busca suprir, ao que parece, essa falha estruturante de conhecimento jurídico, e a correção de uma injustiça.

A análise posta, assim, aponta para o fato que a supremacia da lei advinda do positivismo jurídico implica, no cenário brasileiro, para uma inflação legislativa, que redunde, pelo menos no âmbito da função executiva, como visto, em um analfabetismo jurídico, que vai ao encontro, parece, da tese de Galvéz no que tange a um empobrecimento do pensamento jurídico<sup>94</sup>, implicando na prestação de um serviço precário, gerador de injustiças, principalmente quando se está diante de processos que discutem direitos dos cidadãos, nos quais se requer um saber jurídico capaz de ler todo sistema, e não apenas de aplicação estrita da norma infralegal que está mais próxima.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo analisar, a partir da obra de Juan F. Monroy Galvéz, os impactos do desenvolvimento dos estados nacionais e das ideias do positivismo jurídico na atuação dos juízes enquanto construtores do Direito.

Nessa perspectiva, em um primeiro momento, foi analisado a lei e a criação do Direito, sob uma perspectiva histórica, na qual se viu que no desenrolar da história da humanidade, ao contrário do que se pensa ordinariamente, houve uma imbricada relação entre a lei e o Direito, em que, através da atuação dos juízes, com fulcro na lei, desenvolveu-se o direito, que passou a ser o grande continente

---

<sup>93</sup> FIGUEIREDO, L. V.; ALVISI, E.; PAUSEIRO, S. G. M. Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do pensamento de BAumAn e Sandel. REVISTA DA AGU, v. 18, n. 1, jan./mar., 2019, p. 206.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 550.

que continha para além da lei estrita, elementos outros como princípios, doutrina e jurisprudência, cujo conjunto formaria o arcabouço estrutural do Direito e, assim, da ciência jurídica.

Analisou-se, ainda, o estado nacional, a separação de poderes, e o dogma do juiz submetido à lei, quando se verificou que o desenvolvimento dos estados nacionais, com a adoção da teoria da tripartição do poder e a influência do sistema positivista, levou a uma redução da atuação do juiz, que, submetido ao dogma legal, deixou de ser um ator no desenvolvimento do Direito enquanto ciência jurídica, gerando um empobrecimento da construção do Direito.

Analisou-se, por fim, a inflação legislativa, o analfabetismo jurídico, e o cenário brasileiro, quando se viu que a supremacia da lei advinda do positivismo jurídico implica, no cenário brasileiro, para uma inflação legislativa, que redundava, pelo menos no âmbito da função executiva, como visto, em um analfabetismo jurídico, que se alinha empobrecimento do pensamento jurídico estudado por Galvéz, implicando na prestação de um serviço precário, gerador de injustiças, principalmente quando se está diante de processos que discutem direitos dos cidadãos, nos quais se requer um saber jurídico capaz de ler todo sistema, e não apenas de aplicação estrita da norma infralegal que está mais próxima.

A análise desenvolvida parece exigir uma releitura da atuação dos operadores do Direito no cenário brasileiro, sobretudo no que tange àqueles que atuam com processos administrativos na função executiva, quando são discutidos direitos dos cidadãos, o que demanda um atuar crítico sobre a norma, o que redundava por um lado no desenvolvimento do Direito para além da atuação dos magistrados, e, por outro, na concretização da justiça pontualmente, promovendo, assim, um dos objetivos fundamentais da Constituição Federal de 1988, ou seja, a construção de uma sociedade justa.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVISI, E. Princípios Gerais da Jurisdição Administrativa nos Tribunais do Império. *in* Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, v. 20, p. 53-65, 2009.
- ALVISI, E.; MACHADO DA SILVA, M. . Alguns aspectos sobre a súmula vinculante. *Ab Initio* (Niterói), v. 1, p. 125-134, 2007.

- ALVISI, E. Jurisdição ativa nos Estado democrático. In: MiRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES MEIRELLES, Delton Ricardo. (Org.). *Direito Processual em debate*. Niterói: Editora da UFF, 2011, v. 1, p. 29-42.
- ARISTÓTELES. *Política*. Trad. De Mario da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10 ed. rev. atual. 2 tiragem. São Paulo: Malheiros, 1995.
- DE PAIVA, MARCELLA DA COSTA MOREIRA ; HANSEN, GILVAN LUIZ ; DE MATTOS, SIMONE BRILHANTE. *Democracia e poder judiciário: estudo sobre legitimidade e institucionalização da opinião e da vontade*. SCIENTIA IURIS (ONLINE), v. 24, p. 50-72, 2020.
- FIGUEIREDO, L. V.; ALVISI, E.; PAUSEIRO, S. G. M. . Análise crítica da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do pensamento de BAumAn e Sandel. *REVISTA DA AGU*, v. 18, n. 1, p. 195-220, jan./mar., 2019.
- GÁLVEZ, Juan F. Monroy. *Teoría general del proceso*. Primera edición. Lima/Peru: Palestra, 2007.
- HANSEN, Gilvan Luiz. Sobre o óbvio na Academia e seus riscos. *Crítica (UEL)*, Londrina, v. 1, n.1, p. 75-93, 1995.
- HANSEN, Gilvan Luiz; PAUSEIRO, S. G. M. . Controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública. In: FUNJAB. (Org.). *Controle de constitucionalidade na arbitragem de litígios que envolvam a administração pública*. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 12-1648.
- HANSEN, Gilvan Luiz. Democracia e cidadania como condições de possibilidade da sociabilidade e do estado de direito. In MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.). *Conferencias Magistrales: I Seminario Internacional sobre Democracia, Cidadania y Estado de Derecho*. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019.
- KELSEN, Hans, 1881-1973. *Teoria pura do direito*/Hans Kelsen; [Tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior).
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25 ed. atualizada por Eurico de A. Azevedo, Délcio B. Aleixo, e José Emmanuel B. Filho. MALHEIROS: São Paulo, 2000.
- MONTESQUIEU, Charles de Secondar, Baron de, 1689-1755. *O espírito das leis*. Apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. – São Paulo: Martins Fontes, 1996. – (Paidéia).
- NEVES, E. A.. *O Tribunal do Comércio no aparato estatal do Império: julgamento e encenação*. Passagens: *Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, v. 4, p. 213-222, 2012.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 6 ed., rev., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012.
- PAUSEIRO, S. G. M.; MARTINS, P. L. . *DISCUTINDO LIMITES PARA MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL*. In: Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro e Plínio Lacerda Martins. (Org.). *Hermenêutica Jurídica*. 01ed.Londrina: Engenho das Letras, 2020, v. 01, p. 434-434.

- PAUSEIRO, S. G. M.; BEZERRA, A. P. S. . Necessária reanálise do direito e da democracia: a esfera pública digital e a prática discursiva em manifestos de junho de 2013. In: Clóvis Ricardo Montenegro de Lima. (Org.). Necessária reanálise do direito e da democracia: a esfera pública digital e a prática discursiva em manifestos de junho de 2013. Xed.Rio de Janeiro: Salute, 2014, v. 1, p. 1-399.
- PAUSEIRO, S. G. M.; BRANDAO, C. O. . Discutindo os limites entre o suprapositivismo e a discricionariedade judícia. In: Ricardo Clóvis Montenegro de Lima. (Org.). Anais do XIX Colóquio Habermas. 1ed.João Pessoa: UFPB, 2013, v. 1, p. 286-292.
- PAUSEIRO, S. G. M.; Duarte, Cândido F.S. Silva . A CONSTRUÇÃO DOS PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS COM ARGUMENTOS DE UMA TEORIA DISCURSIVA. In: XIX Congresso Nacional do CONPEDI. (Org.). C749a Congresso Nacional do CONPEDI (19. : 2010 : Florianópolis, SC) Anais do [Recurso eletrônico] / XIX Congresso Nacional do CONPEDI. ? Florianópolis : Fundação Boiteux, 2010.. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, v. Vol. 1, p. 89-110.
- PAUSEIRO, S. G. M.; Gilvan Luiz Hansen . A Construção de uma Teoria Hermenêutica Pluralista nas Decisões Polêmicas dos Tribunais Constitucionais. In: Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito, 2014, Niterói. Anais do I Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: UNIVERSO, 2014. v. 1. p. 06-360.
- SADDY, ANDRÉ. Responsabilidade por parecer jurídico: foco no procurador, assessor ou consultor jurídico em procedimentos licitatórios. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, v. 221, p. 131-149, 2019.
- SADDY, ANDRÉ. Atividade apreciativa da administração pública: uma nova visão sobre a discricionariedade administrativa. REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 277, p. 139, 2018.
- SADDY, A.. Atrofia, Míngua ou Redução da Discricionariedade Administrativa a Zero ou a Um. Revista Colunistas de Direito do Estado, v. 323, p. 1-5, 2017.
- SADDY, A.. Discricionariedade, arbítrio e arbitrário: proibição ou interdição da arbitrariedade dos poderes públicos. Direito Público (Porto Alegre), v. 12, p. 66-88, 2016.
- SADDY, A.. Conceitos jurídicos indeterminados e sua margem de livre apreciação legal.. Revista de Direito da Administração Pública (REDAP), v. 2, p. <http://www.reda>, 2016.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 35 ed.. rev., atual. São Paulo: MALHEIROS, 2011.
- TUPINAMBÁ, Renata Moura. A possibilidade de o poder judiciário afastar normas criadas pelo poder legislativo diante das circunstâncias do caso concreto. In Revista de artigos científicos dos alunos da EMERJ/Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. – v. 1, n. 1, 2009- . – Rio de Janeiro: EMERJ, 2009.
- VIEIRA, Sérgio Túlio Santos. A administração pública contrafactual: ética e moralidade discursiva. Rio de Janeiro: Instituto EDS, 2021.



---

# *O POSITIVISMO CRÍTICO-DECISIONAL DE JOHN WILLIAM SALMOND: BREVES NOTAS SOBRE “JUDICIAL RECOGNITION” E “ULTIMATE LEGAL PRINCIPLES”*

---

*José Alfredo dos Santos Júnior<sup>1</sup>*

**Resumo:** O objetivo deste artigo é resgatar a concepção de direito de John William Salmond que foi alterada por diversos editores após a sua morte. Além de sustentar que o início da *viragem* na “*English analytical jurisprudence*” ocorreu a partir do tratamento concedido por Holland às fontes de direito, que ao explorar os diversos significados de “*the sources of law*” pontua que algumas vezes aquela identifica os órgãos do estado responsáveis por conceder “*legal recognition*” às normas previamente existentes não vinculativas, ou mesmo a criação de novas normas, através do julgamento de casos concretos, equidade e legislação. Enfim, Salmond antecipou em mais de setenta anos a distinção entre “*primary and secondary rules of law*” proposta por Herbert Hart, mas sobretudo o “*judicial recognition*” como categoria *originarium* do direito. Quais seriam as semelhanças e diferenças entre o “*judicial recognition*” (Salmond) e a “*rule of recognition*” (Hart)?

**Palavras-chave:** John William Salmond; “*judicial recognition*”; regras primárias e secundárias; Herbert Hart; regra de reconhecimento.

**Résumé:** L’objectif de cet article est de réexaminer la conception du droit de John William Salmond, qui a été modifiée par plusieurs éditeurs après sa mort. En outre, il soutient que

---

<sup>1</sup> Investigador do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (UCILeR). Membro do Jurisprudence Discussion Group da Universidade de Oxford. Investigador da Sapienza Università di Roma entre 2010 e 2012. Doutorando em Filosofia do Direito na Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal. LL.M em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Autor de “Do Transconstitucionalismo à Transjusfundamentalidade: verdade e memória na América Latina”, Editora Dialética.

le début du tournant dans la jurisprudence analytique anglaise a eu lieu avec le traitement accordé par Holland aux sources du droit. En explorant les différents sens des «sources du droit», Holland souligne que parfois elles identifient les organes de l'État responsables d'accorder une «reconnaissance légale» aux normes préexistantes non contraignantes, voire de créer de nouvelles normes, par le biais du jugement de cas concrets, de l'équité et de la législation. En fin de compte, Salmond a anticipé de plus de soixante-dix ans la distinction entre les «règles primaires et secondaires du droit» proposée par Herbert Hart, mais surtout la «reconnaissance judiciaire» en tant que catégorie originelle du droit. Quelles sont les similitudes et les différences entre la «reconnaissance judiciaire» (Salmond) et la «règle de reconnaissance» (Hart) ?

**Mots clés:** John William Salmond; jurisprudence analytique anglaise; sources du droit; reconnaissance légale ; règles primaires et secondaires du droit ; reconnaissance judiciaire ; règle de reconnaissance.

*“A Principle or Rule of Law is a principle or rule recognised and acted on by the State in the administration of justice. The aggregate of such principles or rules constitutes the Law.”*

John William Salmond, **The First Principle of Jurisprudence**, London: Stevens & Haynes, Law Publishers, 1893, p. 77.

## I – ITINERÁRIO E PERSPECTIVAS

A principal tese de Hart em *“The Concept of Law”* sugere que o sistema jurídico não repousaria no hábito geral de obediência a um “soberano” com poderes ilimitados, mas na *“rule of recognition”*, idônea a fornecer autorizados critérios para a identificação das válidas regras no sistema jurídico<sup>2</sup>. O próprio Hart reconhece a semelhança desta ideia com *“Grundnorm”* de Hans Kelsen, todavia confessa em uma única nota de rodapé, ser mais próxima de *“Salmond’s insufficiently elaborated conception of ‘ultimate legal principles’ ”*<sup>3</sup>. O nosso esforço consistirá num primeiro momento compreender a concepção de direito em Salmond para ulteriormente estabelecer traços de semelhança e diferença entre o *“judicial recognition”* e a *“rule of recognition”* em Hart. Ora, a certeza que já temos é que o texto *“Jurisprudence”* em sua décima primeira edição era familiar a Hart, pois

<sup>2</sup> HART, **The Concept of Law**, p. 292.

<sup>3</sup> Ibid., p. 292. Ver especialmente POSTEMA, Gerald J., **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**, vol. 11, Springer, 2011, p. 3, nota n. 1.

este o cita no capítulo VI (“*The Foundations of a Legal System*”) em “*The Concept of Law*”. Ocorre que a última edição escrita em vida pelo autor foi a sétima publicada no ano de 1924. Resta saber se C. A. W. Manning, J. L. Parker, Glanville Williams e P. J. Fitzgerald conservaram as teses de John William Salmond. Ou talvez não, se considerarmos que Glanville Williams como editor das décima e a décima primeira edições foi sem dúvida o que mais criticou e alterou o texto<sup>4</sup>, o capítulo sobre o estado foi inteiramente removido na décima primeira edição, o que tornou impossível compreender adequadamente a concepção de direito de Salmond. A remoção deste capítulo feriu de morte a frutífera relação entre “*civil law*” e administração da justiça como função limitada de estado. Sem excluir, evidentemente, as considerações dadas à discussão sobre *ius gentium* e direito natural apenas como filológica, o que culminou numa completa subversão da ideia de *verdade, justiça natural e pessoa* concedido pelo autor<sup>5</sup>. Importa ainda acentuar que P. J. Fitzgerald, responsável pela décima segunda edição, confessa aos olhos de toda a gente que não hesitou em alterar o texto: “*With this requirement in view I have followed my predecessors’ policy and have not hesitated, where necessary, to introduce major alterations; and indeed such has been the development in jurisprudence over the last ten years that many such alterations have proved inevitable.*”<sup>6</sup>.

Decerto há uma certa estranheza constatar que apenas Bentham e Austin mereceram a atenção de Hart, “*as of jurisprudence had gone on holiday since the publication of Austin’s Lectures in 1863.*”<sup>7</sup>. As teses de Austin predominaram na “*English jurisprudence*” sobretudo através das penas de Thomas Erskine Holland com o texto “*The Elements of Jurisprudence*”, cuja primeira edição data de 1880 e a décima terceira de 1924<sup>8</sup>. No entanto, não podemos nos esquecer da existência de uma série de vozes a discutir e a criticar as teses de Austin, como Henry Maine,

---

<sup>4</sup> SALMOND, John, **Jurisprudence**, editor by GLANVILLE Williams ed, 11 ed, Sweet & Maxwell, London, 1957, Appendix V.

<sup>5</sup> *Ibid.*, p. 523.

<sup>6</sup> SALMOND, John, **Jurisprudence**, editor by P. J. Fitzgerald ed, 12 ed, Sweet & Maxwell, London, 1966, Preface, VII. E ainda *in verbis*: “**The major change consists of a complete revision of the chapters on the nature of law.** Compared with other textbooks on jurisprudence *Salmond* was relatively reticent about theories of law other than the one held by Sir John Salmond himself. (...) I have accordingly replaced the first two chapters of the last edition by nine new sections which serve to introduce the student to the problem of defining law, and which discuss in outline some of the chief theories of law and, in particular, the recent approach to this problem adopted by Professor H. L. A Hart.” *Ibid.*, p. VII, grifo nosso.

<sup>7</sup> POSTEMA, Gerald J., **Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World**, vol. 11, Springer, 2011, p. 3.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 4.

Paul Vinogradoff, William Galbraith Miller e James Bryce, sendo os dois primeiros genuínos representantes da escola histórica e os dois últimos da escocesa, diga-se de passagem, profundamente comprometida com o problema metodológico do direito<sup>9</sup>. O nosso desafio consiste em resgatar as teses de Salmond, liberta das alterações perversas empreendidas pelos editores após a sua morte, tendo isto em vista, elegemos como percurso seguro a leitura de “*The First Principles of Jurisprudence*” publicado em 1893 e “*Jurisprudence*” sétima edição escrita pelo próprio John Salmond. Por que os editores não preservaram a originalidade do texto de Salmond? A resposta corrente é que tais decisões editoriais refletem a própria viragem da “*English analytical jurisprudence*”<sup>10</sup>. Gerald Postema sugere que as principais críticas às teses de Austin provêm de Salmond, conquanto reconheça que o impacto daquelas somente foi sentido a partir Herbert Hart<sup>11</sup>. Entretanto, intuímos que o início da *viragem* talvez esteja localizado num momento anterior, isto é, a partir do tratamento concedido por Holland às fontes de direito, que ao explorar os diversos significados de “*the sources of law*”, pontua que algumas vezes aquela identifica os órgãos do estado responsáveis por conceder “*legal recognition*” às normas previamente existentes não vinculativas, ou mesmo a criação de novas normas, através do julgamento de casos concretos, equidade e legislação<sup>12</sup>. Holland, assim como Austin, entendia que os costumes desempenhavam um papel considerável na *common law*, obviamente desde que reconhecidos pelos tribunais. Para Holland, o costume representaria a transição entre “*morality*” e “*law*” (“*Morality plus a State-organisation enforcing the observance of certain parts of it is customary law*”)<sup>13</sup>. Como se vê, o “*judicial recognition*” já cumpria exemplarmente o ofício de converter costumes em “*law*”<sup>14</sup>. Ora, qual a extensão do “*judicial recognition*”?<sup>15</sup> Significava dizer que todas as regras costumeiras capazes de provar sua existência como *costume* obteriam o reconhecimento do estado como direito? Holland adverte que os tribunais ingleses não se contentavam

---

<sup>9</sup> Ver especialmente, LOBBAN, Michael, *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. 8: A History of Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900, 2007.

<sup>10</sup> DORSETT, Shaunnagh e MCVEIGH, Shaun, **The Persona of the Jurist in Salmond’s Jurisprudence: On the Exposition of ‘What Law is...’**, in Victoria University of Wellington Law Review, 2008, The Salmond Edition, 38 (4), p. 796.

<sup>11</sup> POSTEMA, Gerald J., **Legal Philosophy in the Twentieth Century**, p. 4.

<sup>12</sup> *In verbis*: “*Sometimes to indicate the organs through which the State either grants legal recognition to rules previously unauthoritative, or itself creates new law, viz. by i. Adjudication, ii. Equity, iii. Legislation.*” In **The Elements of Jurisprudence**, Thirteenth Edition, Oxford at Clarendon Press London: Humphrey Milford, 1924, p. 55.

<sup>13</sup> *Ibid.*, p. 57.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 60.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 60.

apenas com a prova de existência do costume, mas exigiam a razoabilidade do mesmo<sup>16</sup>. Como determinar tal razoabilidade? Primeiramente, não se tratava de uma razoabilidade considerando unicamente a *prática* em si mesma, mas a existência de expressas ou tácitas normas jurídicas a conferir a tais costumes o efeito de regras jurídicas<sup>17</sup>. Há, sem dúvida, uma certa abertura à factualidade social e por que razão não dizer uma branda recusa de se pensar o direito como um sistema autônomo face à realidade histórico-social, e mesmo confessando sem pudor uma qualquer mediação normativo-juridicamente *constitutiva* quando da realização concreta do direito. A normatividade fecha-se em outras normas ao que tudo indica autorreferenciais, isto é, normas que não se referem a algo para além da sua própria racional normatividade. Ao que tudo indica normas pensadas como uma *ratio* constitutiva de sua própria normatividade. Ao menos Holland, na esteira de Austin, evidenciou a função normativo-constitutiva inerente às cortes, quase nunca admitida<sup>18</sup>.

Diferentemente de Austin, Holland sustenta que os costumes já ostentariam validade jurídica mesmo antes do "*judicial recognition*", Austin argumentava que o *status* jurídico do costume estava na dependência do reconhecimento individual pelos tribunais<sup>19</sup>. Ao que parece as reflexões de Holland voltaram-se à "*prática/ recognition*" confessadamente inerente aos tribunais, a secundarizar a atividade legislativa das cortes<sup>20</sup>. O "*judicial recognition*" é ainda acentuado quando ele afirma que os costumes ou a inteligibilidade dos atos do parlamento existem ou não existem objetivamente, entretanto apenas com a decisão *in concreto* será possível atestar (subjektivamente) a existência do costume e o significado dos atos do parlamento<sup>21</sup>. De facto, a atividade legislativa das cortes não constituiu a principal inquietação de Holland, contudo não poderíamos deixar de sublinhar a constatação de que os tribunais, a pretexto de *atestar* e *confirmar* antigas normas, acabam por introduzir novos princípios<sup>22</sup>. Portanto, temos aqui os dois pressupostos para a viragem na "*English analytical jurisprudence*", a saber: α) o "*judicial recognition*" de princípios jurídicos; β) o reconhecimento de que os tribunais introduzem novos princípios. Sendo o primeiro exemplarmente desenvolvido por John Salmond.

---

<sup>16</sup> Ibid., p. 60.

<sup>17</sup> Ibid., p. 62.

<sup>18</sup> Ibid., p. 66.

<sup>19</sup> Ibid., p. 60 e p. 62.

<sup>20</sup> Ibid., p. 61.

<sup>21</sup> Ibid., p. 62.

<sup>22</sup> Ibid., p. 78.

## II - O SOFT POSITIVISMO DE SALMOND

Num primeiro momento, esforçaremos-nos em destacar as críticas de John Salmond à obra de John Austin. Como é sabido, a partir dos contributos de Hobbes, Locke, Blackstone, Bentham, Austin e Holland predominava na Inglaterra a tese de que “*a law is a rule of action enforced or sanctioned by the State*”<sup>23</sup>. Em sentido contrário, Salmond explicava que o conceito de sanção não seria idêntico ao de punição, tema que não exploraremos aqui. E ele acrescenta que o *direito como comando do estado* não atenderia ao “*ethical significance of law*”<sup>24</sup>, pois a íntima relação entre “*natural rights, wrongs, and duties*” e “*legal rights, wrongs, and duties*” não superaria o plano meramente filológico. Ele entendia que as “*regras de ação*” transportariam também noções de “*right*” e “*wrong*”. Isto sem falar que “*Law is Justice speaking to men by the mouth of the State...*”<sup>25</sup>. A impetuosidade do jovem Salmond parece ceder à realidade dos tribunais que não raramente prolatavam decisões contrárias à *justiça* no caso concreto<sup>26</sup>. Salmond pontifica, já na obra *The First Principle of Jurisprudence*, e reitera em *Jurisprudence* a sua particular concepção de “*civil law*”, que invocava explicita e por que razão não dizer aporematicamente a ideia de “*right*” ou *justiça*. Ele discernia nitidamente que as investigações concernentes à *justiça* exorbitariam dos limites do direito, mas nem por isso não deixava de reconhecer a necessidade de um exame parcial destes problemas, haja vista a manifesta relação entre a teoria do direito e a teoria da *justiça*. Ele distinguia duas espécies de *justiça*, a saber: a) *justiça* natural ou moral com pretensão de verdade e b) *justiça* legal reconhecida na *civil law* e imposta pelos tribunais. O positivismo *soft* de Salmond confessou, aos olhos de toda gente, a imprescindibilidade de um *sentido* e da *dimensão ética* ínsita ao direito, nomeadamente a partir da conversão da *justiça* moral, via *judicial recognition*, em *justiça* legal do estado: “*Natural justice, as so authoritatively formulated, constitutes the legal justice of the state*”<sup>27</sup>. Os círculos de incidência destas *justiças* não obstante diferentes manteriam, não raras vezes, fecundas interseções<sup>28</sup>. Não confundamos “*justiça* moral” com “*positive morality*”, que expressava simplesmente um conjunto de normas de conduta prescritas pela comunidade, seguida pela desaprovação e censura social<sup>29</sup>.

---

<sup>23</sup> SALMOND, John William, *The First Principle of Jurisprudence*, London: Stevens & Haynes, Law Publishers, 1893, p. 95.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 97.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 98.

<sup>26</sup> SALMOND, Sir. *Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed. London: Stevens & Haynes, Law Publishers, 1924, p. 42.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>29</sup> *Ibid.*, p. 60.

A *jurisprudence* englobaria três dimensões, a saber: α) analítica; β) histórica e γ) ética<sup>30</sup>. Estas três dimensões do direito estariam intrinsecamente relacionadas, a mobilizar uma abordagem *transversal* do fenômeno jurídico, sob pena de reduzir a *jurisprudence* a um “árido formalismo”<sup>31</sup>, expressão utilizada pelo próprio Salmond. Sendo assim, o problema do direito não se circunscreveria a mera caracterização da *civil law*, isto é, a delimitação do âmbito da juridicidade pela convocação do critério “*in*” ou “*out*”. A *civil law* seria simplesmente o direito realizado pelo estado na administração da justiça<sup>32</sup>. Deste modo, o direito se exprimiria pelo conjunto de princípios *reconhecidos* e *realizados* pelo estado na administração da justiça<sup>33</sup>. Na perspectiva do autor, os litigantes obteriam dos tribunais, nos estados contemporâneos, fundamentalmente a *justiça segundo o direito*, trata-se de um argumento relativamente simples: “*Justice is the end, law is merely the instrument and the means, and the instrument must be defined by reference to its end.*”<sup>34</sup>. O *judicial recognition* é levado às últimas consequências, pois realizável mesmo sem a prévia existência de princípios. Sem evidentemente excluir a exortação de que uma teoria que se pretenda satisfatória precisaria levar em consideração a relação entre “*natural law*” e “*civil law*”<sup>35</sup>. Para Salmond, a teoria imperativa do direito não inclui as normas definidoras dos *remédios*. E ele acentua que nem mesmo os esforços de Hobbes e Bentham, em enxergar na teoria imperativa do direito apenas os juízes como destinatários, isenta a crítica. As regras são regras jurídicas porque o problema envolve questões de facto levadas aos representantes do estado responsáveis pelo exercício da função judicial, e não porque os juízes devem *agir* sob pena de sanção. Portanto, “a ideia de coerção, autoridade, ou formas de sanção seria um elemento essencial à responsabilidade, mas totalmente irrelevante para a norma jurídica.”<sup>36</sup>. Sem excetuar ainda que o *direito como comando do estado* não incluiria as regras processuais, que ao fim e ao cabo não *punem* a parte pela impossibilidade de provar os seus argumentos em juízo<sup>37</sup> e não alcançaria os princípios interpretativos muito menos as normas permissivas<sup>38</sup>. Quanto a estas últimas, Salmond tinha a percepção clara de

<sup>30</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, p. 5.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 34.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 39.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>35</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 98.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 103 – 104.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 104 – 105.

que elas encerravam liberdades, e não apenas direitos. O argumento decisivo contrário à teoria imperativa do direito foi decerto a invocação das normas secundárias (*legum leges*) relacionadas nomeadamente à existência, *applicatio* e interpretação de outras normas, que não transportariam nenhum *comando* do estado. Isto sem falar nos princípios jurídicos que exigiam uma construção teórica para além da ideia de coerção<sup>39</sup>. Haveria, portanto, uma infinidade de condutas além da *imposição* ou *permissão*, deixada no campo da “judicial discretion”<sup>40</sup>, diga-se de passagem, presente em todos os sistemas jurídicos, que se revelaria enfim desencadeadora do desenvolvimento dos sistemas pela progressiva substituição de princípios rígidos preestabelecidos pelo julgamento individual no caso concreto. O conjunto de normas, portanto, não constituía uma condição precedente e necessária à administração da justiça, mas exemplarmente o seu resultado. Assumindo desde já todos os riscos decorrentes desta afirmação, parece que Salmond denunciava nas práticas judiciais a substituição progressiva das questões inerentes à justiça e o “right” pela investigação do princípio geral já estabelecido e já reconhecido em casos semelhantes pertencentes à imensa cadeia histórica<sup>41</sup>.

### III – O “JUDICIAL RECOGNITION” COMO CATEGORIA ORIGINARIUM DO SISTEMA JURÍDICO

A concepção de direito de Salmond nos despertou curiosidade por ser quase integralmente fundada no “judicial recognition”, ele insistia que os “principles of right” constituía apenas uma espécie dos princípios jurídicos e conferia ao reconhecimento judicial a qualidade de *prius* jurídico, isto é, enxergava-o como categoria *originarium* constitutiva do sistema jurídico. Não se tratava obviamente da pura factualidade empírica que não dá relevo à específica normatividade do sistema jurídico. A concepção de direito de Salmond realçava o reconhecimento pelo estado na administração da justiça dos princípios “of right and wrong”<sup>42</sup>. Por outro lado, ele entendia que o direito positivo se constituía de princípios reconhecidos e impostos por algum sistema regulativo, sem qualquer ambição de verdade daqueles, entretanto. A distinção entre direito

---

<sup>39</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, p. 54.

<sup>40</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 105 – 106.

<sup>41</sup> Idem., *Sir. Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed. London: Stevens & Haynes, Law Publishers, 1924, p. 41.

<sup>42</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 107.

natural e positivo residiria precisamente no *status* de verdade dos princípios “*of right and wrong*” e a inexistência de reconhecimento e imposição por deuses ou seres humanos. Trata-se antes de limitar o espectro do direito, optando assim por evidenciar que as investigações concernentes à pretensão de verdade dos princípios exorbitariam seus já não parcos limites<sup>43</sup>. Deste modo, as discussões éticas teriam o seu próprio domínio, o que não significa que as conclusões não pudessem ser consideradas pontos de partida na filosofia do direito. Muito pelo contrário, “*The conclusions of ethics are the data of jurisprudence*”<sup>44</sup>. Notável foi considerar intimamente relacionadas, na teoria e na prática, as ideias de “*legal right*” e “*moral right*” e sobretudo “*legal justice*” e “*natural justice*”, a contrariar toda uma escola empenhada em negar o significado ético da ideia de direito. Da semântica à prática extravasando o teórico, ele devotamente concebia o direito a partir da *administração da justiça*<sup>45</sup> entendida como função de estado fundada na *applicatio* de remédios aos “*wrongs*”<sup>46</sup>. O que justificava a prática de reconhecimento judicial? O que atribuía normatividade ao resultado desta prática? Ao fim e ao cabo teríamos somente a *prática* em si mesma como critério último de existência e validade de todas as demais normas do sistema jurídico? Tal *prática* estaria aprisionada a uma contingência insuperável? Ao que parece este é o ponto mais *debole* da concepção de direito de Salmond, pois a normatividade do *judicial recognition* residiria na obrigação moral dos juizes de observar o direito, nomeadamente no dever funcional de administrar a justiça segundo o direito (“*judicial oaths*”), somando-se à opinião pública e à profissional como instrumentos de pressão. Não deixou de ser notada a particular qualidade dos tribunais inferiores que para além do dever moral, existiria ainda a obrigação legal de prestar a tutela jurisdicional segundo o direito. Não seria o caso dos tribunais superiores, cujas decisões não poderiam ser objeto de reforma em sentido *lato*, portanto exclusivamente justificada na obrigação moral<sup>47</sup>. Então, subjaz ao *judicial recognition* simplesmente um dever moral de prestar tutela jurisdicional no melhor interesse da realização da justiça no caso concreto. Mas também exigiria, uma não muito compreensível, consciência nacional manifestada através da opinião pública<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Ibid., p. 109.

<sup>44</sup> Ibid., p. 10.

<sup>45</sup> Ibid., p. 10.

<sup>46</sup> Ibid., p. 43.

<sup>47</sup> *In verbis*: “*Law is law, not because the courts are under any legal obligation to observe it, but because they do in fact observe it.*” SALMOND, **Jurisprudence**, p. 57.

<sup>48</sup> Ibid., p. 113.

John Salmond parece ter sido influenciado por “*An Essay Concerning Human Understanding*” de Locke, especificamente o capítulo XXVIII do Livro Segundo, pois repete que o direito traduziria uma complexa ideia formada por diversas ideias simples, como sociedade política, governo, legislação, administração da justiça, remédios, dentre outras<sup>49</sup>. Como é cediço, os autores da “*analytic jurisprudence camp*” sustentam a imposição coercitiva como condição existencial de qualquer sistema legal, ao que parece, Salmond concordava parcialmente com isto<sup>50</sup>. A “*civil law*”, como resultado da autoridade do estado<sup>51</sup>, edificava-se a partir de princípios “*of right*” impostos por meio de sanção<sup>52</sup>. Salmond, no entanto, rejeitava claramente a ideia de Austin de que a coerção estaria presente em todas as regras jurídicas<sup>53</sup>, para além disso, ele não teve medo de reconduzir à reflexão as *consequências naturais das ações* como critério ótimo para distinguir entre “*right*” e “*wrong*”, independentemente da existência de qualquer sistema regulativo de sanções. Tudo isto como se a uma tal instância de reflexão última fosse capaz de distinguir entre “*right*” e “*wrong*”. Ele leva o referido critério às últimas consequências, argumentando inclusive a favor da existência de regras de direito natural (“*Natural right involves natural rights*”)<sup>54</sup>, que se constituem do “*right*” de facto, isto é, independentemente do “*judicial recognition*”, até porque a função do direito não seria criar direitos, mas apenas *declará-los in concreto*<sup>55</sup>. Ele também reconheceu que a manutenção do “*right*” constituiria a principal função do estado, nomeadamente no plano interno por intermédio da administração da justiça<sup>56</sup>. Salmond ainda pontua que as consequências naturais perversas provenientes de comportamentos moralmente ou ilegalmente censuráveis exigem uma pronta resposta do estado. A administração da justiça, portanto, estaria prioritariamente voltada à resolução de controvérsias, a secundarizar o discurso de direitos e deveres<sup>57</sup>.

Mais do que explorar as especificidades da *administração da justiça* em Salmond, que decerto vaticina um tal positivismo crítico-decisional, trata-se com efeito, de resgatar a sua particular concepção de direito. Como já vimos,

---

<sup>49</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 5.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 40 e p. 41.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>56</sup> *Ibid.*, p. 48.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 48 – 49.

Salmond conferia ao reconhecimento judicial a qualidade de *prius* jurídico, isto é, enxergava-o como categoria *originarium* normativo-constitutiva do sistema jurídico. Não se tratava de apenas realçar a função jurisdicional no horizonte de funções do estado. Tratava-se antes de precisar a criação das possibilidades para uma *viragem* da “*English jurisprudence*” que de facto, já sabemos, teve de esperar por “*The Concept of Law*” de Herbert Hart. Significativo, sem dúvida, Salmond evidenciou que “um princípio ou regra jurídica é um princípio ou regra reconhecido e realizado (“*acted on*”) pelo Estado na administração da justiça. O conjunto destes princípios ou regras forma o Direito.”<sup>58</sup>. Se por um lado a validade jurídica de um princípio independeria inteiramente de qualquer pretensão de verdade<sup>59</sup>. Por outro lado, seria a interpretação judicial dos “*statutes*” que os efetivavam como regras jurídicas<sup>60</sup>. Subjaz a esta compreensão, uma estimulante análise sobre *questões de facto* e *de direito*, a demonstrar que a atividade judicial seria integrada por duas perspectivas, a do direito, a sobrelevar a existência de princípios preestabelecidos e a excluir qualquer discricionariedade do juízo. A “*judicial discretion*” somente incidiria se constatada a inexistência de princípios preestabelecidos. Para Salmond, a distinção entre *questões de facto* e *de direito* não repousaria na natureza do órgão responsável por apreciar as circunstâncias materiais do caso concreto, mas muito especialmente no método convocado, onde quer que houvesse o exercício de discricionariedade, interpelar-se-iam questões de facto<sup>61</sup>. Sem excluir, obviamente, situações nas quais é impossível delimitar puras questões de facto e de direito<sup>62</sup>.

Salmond não reduziu o direito a uma certa contingência prática, como se poderia pensar à primeira vista. Ele nega, peremptoriamente, a ideia de que o direito constituir-se-ia de regularidades notáveis na administração da justiça, mas muito especialmente no conjunto de *princípios*, diga-se de passagem, nem sempre inteligíveis, nos quais tal coerência se manifesta<sup>63</sup>. Com o título “*Law not essential to the administration of justice*” ele explica que a administração da justiça não estaria essencialmente voltada à prescrição de regras, mas sim à *applicatio* de remédios aos “*wrongs*”. O consectário imediato é que, ao fim e ao cabo, esta relevante função de estado poderia ser cumprida existam ou não

---

<sup>58</sup> Ibid., p. 77.

<sup>59</sup> Ibid., p. 83.

<sup>60</sup> Ibid., p. 87.

<sup>61</sup> Ibid., p. 78 – 79.

<sup>62</sup> Ibid., p. 82.

<sup>63</sup> Ibid., p. 88.

princípios preestabelecidos. Decerto há uma salutar abertura à discricionariedade judicial como atividade *alimentante* de todo sistema jurídico, bem como *artífice* da conversão contínua de *questões de facto* em *questões de direito*<sup>64</sup>. Sem excluir a confissão de que o sistema “equity” seria todo ele orientado pela discricionariedade judicial<sup>65</sup>. A exemplaridade da “equity” residia precisamente na possibilidade corretiva dos rigores indesejados da *common law*, desde o reinado de Richard II, a *Court of Chancery* foi administrada pelo Lord Chancellor como um órgão jurisdicional à parte. Não obstante, o sistema tenha surgido para dirimir controvérsias atinentes ao direito real sobre coisas alheias (“*trusts of land*”), administração de interesses de doentes mentais e menores; ele foi decisivo para o desenvolvimento da contemporânea “civil law” na Inglaterra - diga-se de passagem - contribuiu apenas notado com *Judicature Acts* de 1870, que aboliu a distinção entre *Courts of Chancery*, *Common Pleas*, *Queen’s Bench* e *Exchequer*, entre outras, a partir da criação da *Supreme Court of Judicature*. Ao que parece com objetivo de unificar, sob o ponto de vista, material e procedimental os sistemas da *common law* e da “equity”<sup>66</sup>. Tal sistema foi intensamente influenciado pelo *direito natural*, vez que as controvérsias, quase sempre permeadas por dimensões da intencionalidade-consciência, exigiam soluções justas. Sem excetuar, a notável melhoria na conformação dos procedimentos. Portanto, a ambição de todo o sistema “equity” seria a fusão da ética com direito (“*practical justice*”), ao que tudo indica, esta característica atravessou os séculos, sendo notada sobretudo quando os juízes ingleses *criam* normas nos casos que envolvem propriedade, responsabilidade civil e contrato<sup>67</sup>. Michael Levenstein sublinha que “equity” para além de capturar adequadamente a historicidade do direito, isto é, a imprescindível sensibilidade apta a ouvir as vozes da comunidade que evidenciam a transformação das condições sociais, econômicas e culturais; e num exercício de pura conjectura ele afirma que “equity” proporcionaria um fortalecimento da dimensão moral necessária ao direito, decisiva para manutenção da legitimidade do jurídico e a boa-fé da população<sup>68</sup>. Tal perspectiva peca inicialmente por reduzir as preocupações do direito à administração externa da sociedade, e sobretudo por desconhecer a possibilidade de pensar o direito, em si mesmo, sem nenhum salto além-mar (ética), marcado por uma

---

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 89.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>66</sup> LEVENSTEIN, Michael. *Maxims of Equity: A Juridical Critique of the Ethics of Chancery Law*, New York, USA: Algora Publishing, 2014, p. 43.

<sup>67</sup> *Ibid.*, p. 44 – 45.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 136 – 137.

dimensão de intencionalidade substantiva. Se por um lado ele destaca o possível contributo da “equity” na implementação de uma tal solidariedade ética no meio social, a realizar um tal espírito moral coletivo, nomeadamente a cotejar políticas sociais e interesses patrimoniais privados. Por outro, ele acentua que “o objetivo moral da ‘equity’ seria anunciar um caminho desconhecido para *common law* sensível às políticas públicas e à justiça *in concreto*.”<sup>69</sup>. Salmond sustentava que a nota peculiar da “equity” não seria a existência de um corpo de normas fixas, mas exemplarmente a discricionariedade judicial. Portanto, a “equity” não seria tão-só uma virtude moral perdida no firmamento ou no livro das leis, mas uma ferramenta *prática* no cotidiano dos juízes ingleses<sup>70</sup>. Não menos decisivo, Salmond seguindo os vestígios de Sir William Markby, que escreveu “*Elements of Law*” em 1871, sustentava que a existência de prévias regras não seria imprescindível à administração da justiça, vez que em tempos imemoriais a justiça era prestada mesmo diante da inexistência de prévias regras ou princípios jurídicos<sup>71</sup>. Levar a sério tais argumentos não significa fechar os olhos à utilidade das normas - decisivas para a *coerência* e *cognoscibilidade* do sistema jurídico. Mas também a possibilidade de prevenir *erro in iudicando* do juízo e salvaguardar a administração da justiça das razões inconfessáveis daqueles que se investem do

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 137 – 138.

<sup>70</sup> Insuperável continua sendo a definição de “equity” formulado por Sir John Trevor MR: “*Equity is no part of the law, but a moral virtue, which qualifies, moderates and reforms the rigour, hardness and edge of the law, and is a universal truth; it does also assist the law where it is defective and weak in the constitution (which is the life of the law) and defends the law from crafty evasions, delusions, and new subtleties, invented and contrived to evade and delude the common law, whereby such as have undoubted right are made remediless. And thus is the office of equity to protect and support the common law from shifts and contrivances against the justice of the law. Equity, therefore, does not destroy the law, nor create it, but assists it.*” In **Lord Dudley v Lady Dudley** (1705) Pr. Ch. 241.

<sup>71</sup> SALMOND, John William, **The First Principle of Jurisprudence**, p. 89 – 90. Para o dizermos com o próprio Sir William Markby: “This conception of a judicial decision, as the mere application of rules of law to events which have occurred, may possibly be an ideal which we ought to endeavour to realise. It was, no doubt, Bentham’s ideal, and I should feel disposed to say that he wasted a great part of his life and much of his vast intellectual power in endeavouring to realise it too hastily. *But the history of law shows a very different conception of a judicial decision. It is worthwhile to reflect to how large an extent tribunals have existed, and do exist, without law.*” MARKBY, William, **Elements of Law**, Sixth Edition, Oxford at Clarendon Press, 1905, p. 16, grifo nosso. Para além do decisivo argumento histórico, ele compara de forma bastante rudimentar a negativa de prestação jurisdicional na França Napoleônica e na *common law*, invocando os art. 4º e 5º que preceituam: “*Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.*” E também: “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.*” **Code civil des français**: éd. originale et seule officielle, Imp. de la République, Paris, 1804. William Markby entendia que a prestação jurisdicional, nestas hipóteses, ocorrer-se-ia, não porque estas vagas regras constituiriam direito ou mesmo porque os juízes poderiam formular o direito, mas simplesmente porque os juízes como qualquer ser humano preferem evitar uma futura responsabilização. Como se vê, apenas o argumento histórico foi explorado por Salmond.

ônus judicante<sup>72</sup>. Acentuação que se impõe, Salmond não defendia a substituição de princípios consagrados pela *discricionariedade judicial*. Se por um lado, ele evidencia os perigos da invocação *in abstracto* dos princípios, a todo o risco de se convocar um princípio inteiramente exilado das circunstâncias fáticas do caso. Por outro lado, as regras gerais pecariam pela eliminação de dados fáticos importantes. Trata-se de uma compreensão refinada que, para além de apontar como solução a via de meio, evidencia a imprescindibilidade da *faticidade* comprometida pela abstração de princípios e regras<sup>73</sup>. O positivismo crítico de Salmond identifica três fragilidades do sistema jurídico, a partir da experiência inglesa, mas não se restringindo a ela. O primeiro defeito residiria na *rigidez*, sendo um princípio geral o resultado de um processo de abstração que, quando não elimina as circunstâncias fáticas, peca pela supervalorização da similaridade entre os casos que integram a imensa cadeia histórica de decisões<sup>74</sup>. A segunda debilidade seria o *conservadorismo* entendido como a incapacidade de o direito enfrentar as particularidades fáticas trazidas pelos casos concretos<sup>75</sup>. A terceira fragilidade seria o *formalismo*, percebido como a tendência excessiva de valorizar a forma em detrimento da substância, sobretudo durante a cognição judicial<sup>76</sup>.

No que diz respeito à concepção de estado, exploraremos nomeadamente as críticas de Salmond à teoria de poderes ilimitados do “*Leviathan*”, a rejeitar a ideia de que *necessariamente* o sistema jurídico deve reconhecer as normas como fontes de direito e *necessariamente* o poder legislativo é ilimitado. Para ele, não seria um pressuposto de existência do sistema jurídico qualquer poder legislativo, muito menos com poderes ilimitados. O ponto de partida é a concepção de direito como um conjunto de normas reconhecidas pelo estado na administração da justiça<sup>77</sup>. A dimensão “administração da justiça” assume um papel considerável nesta concepção, portanto as normas jurídicas não seriam meramente as normas observadas pelo estado, mas as *reconhecidas* na administração da justiça<sup>78</sup>. Sem excluir evidentemente que o estado no exercício desta função não atuaria todo o tempo e necessariamente segundo as normas de *sempre*, mas a partir da discricionariedade judicial<sup>79</sup>. A administração da justiça e a guerra seriam

---

<sup>72</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 90 – 91.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 91 – 92.

<sup>74</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, p. 45

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 46.

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>77</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 112.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 134.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 120.

funções caracterizadoras do ente “estado”, ambas vocacionadas a prevenir e a eliminar comportamentos ilegais e desonestos, sob ameaça de coerção física. A função do estado, pois, seria manter no plano externo e interno “*the right*” por intermédio da coerção, neste aspecto, a tese de Salmond não se afastava muito do pensamento de Austin<sup>80</sup>. Convém sublinhar que, na administração da justiça, a utilização da força permaneceria num estado latente, sendo rara a sua efetivação, haja vista a voluntária submissão e obediência dos indivíduos<sup>81</sup>. Por outro lado, Salmond recusa terminantemente a ideia de Bentham<sup>82</sup> e de Austin de que os súditos do estado seriam aqueles que habitualmente lhe obedecem. John Austin insiste que o estado, em si mesmo, não estaria sujeito a tal comportamento. Por sua vez, Salmond sugere que a concepção de direito de Austin não carrega as tintas na *coerção física* como um elemento essencial do estado<sup>83</sup>. E, na impossibilidade de levar adiante as teses de Bentham e de Austin de “*The Province of Jurisprudence Determined (1832)*”, Salmond edifica a natureza da sujeição política *exclusivamente* no direito, saber se uma pessoa está sujeita ao estado significa investigar se ela está submetida à jurisdição dos tribunais do estado. Trata-se verdadeiramente de uma *questão de direito* manifestada em cada caso concreto decidido pela administração da justiça, portanto.<sup>84</sup> Não se vá dizer que um tal “hábito de obediência” bastasse! John William Salmond ainda rejeitou a ideia preservada pelo primeiro Austin de que o estado seria incapaz de limitação legal<sup>85</sup>.

Convém ainda ressaltar que o segundo Austin distinguiu *inconstitucionalidade* e *ilegalidade*, a primeira procura restringir a violação de normas atinentes à constituição do estado e a segunda a violação de normas formuladas em procedimentos judiciais. Não obstante, ele enxergasse as normas constitucionais apenas como “*positive morality*” acompanhada unicamente de sanções morais, ele já vislumbrava a possibilidade de um *exercício inconstitucional de poderes legais ilimitados* pelos membros dos órgãos soberanos. A primeira restrição consistia que, igualmente como o órgão soberano estaria limitado *moralmente*, isto é, controlado pelas opiniões e sentimentos preservados pela comunidade,

---

<sup>80</sup> Ibid., p. 114 – 118.

<sup>81</sup> SALMOND, **Jurisprudence**, p. 143.

<sup>82</sup> BENTHAM, Jeremy. **A Fragment on Government**: edited with an introduction by F.C. Montague. Oxford, 1891, Ch. I, § 10, p. 137

<sup>83</sup> SALMOND, **The First Principle of Jurisprudence**, p. 124.

<sup>84</sup> Ibid., p. 127 – 128.

<sup>85</sup> AUSTIN, John, **Lectures on Jurisprudence**, Fifth Edition, by Robert Campbell, vol. I, London Murray, Albemarle Street, 1885, p. 264.

assim naturalmente os seus membros. O resultado prático deste precário parâmetro de controle de constitucionalidade foi o *comando* considerado inconstitucional não seria legalmente vinculativo e, portanto, o seu eventual descumprimento não resultaria numa ilegalidade. Muito embora os agentes do estado procurassem cumpri-lo sob a influência da “*positive law*”. Sem excluir, a ausência de responsabilidade jurídica e política dos órgãos soberanos supostamente violadores da “*constitutional law*” ou moralidade: “*the king is incapable of committing wrong*”<sup>86</sup>. Todavia, tudo isto não significa que o próprio monarca não estivesse num *estado de sujeição* em face do parlamento, o qual ele integra. Portanto, o soberano seria sujeito de obrigações legais, isto é, estaria constrito a observar as normas da “*positive law*”, sob pena de uma sanção não predeterminada e certa<sup>87</sup>. Salmond foi um crítico austero da ideia de poderes legislativos ilimitados, particularmente alicerçada na impossibilidade de o estado está sujeito à responsabilidade legal. Se o direito se traduzisse somente em *comandos* do estado, portanto, o direito não governaria as ações do estado e a tese de poderes legislativos ilimitados seria incensurável. O ponto de partida de Salmond foi o reconhecimento de que o direito alcançaria todos os *princípios* realizados pelo estado na administração da justiça e não somente aqueles que impusessem responsabilidades. Ele entendia “que, qualquer que fosse o princípio, uma vez reconhecido pela administração da justiça, se tornava uma válida ‘*rule of law*’ ”<sup>88</sup>. As mais importantes fontes de direito, portanto, seriam o costume, o precedente e a legislação. Sendo a “*recognition*” de novas normas habitualmente prescrita por princípios jurídicos, como o cotidiano da administração da justiça<sup>89</sup>. Todas as fontes de direito de uma forma ou de outra convergiriam para o momento da realização prática do direito: a decisão *in concreto*<sup>90</sup>. O positivismo crítico-decisional de Salmond já sustentava que as normas jurídicas não necessariamente expressariam a vontade do estado como fonte de direito, basta verificar que nos primórdios não existia uma diferenciação compreensível entre as leis humanas e as reveladas. Ao explorar uma perspectiva eminentemente *prática e histórica*, Salmond sugere que um princípio seria um princípio jurídico, não porque é *verdade* ou porque manifesta uma verne racional, mas porque a administração da justiça o reconhece como tal. Nos primórdios não existia poder

---

<sup>86</sup> Ibid., p. 265 – 271.

<sup>87</sup> Ibid., p. 272 e p. 273.

<sup>88</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 138.

<sup>89</sup> Ibid., p. 139.

<sup>90</sup> Ibid., p. 139-140.

legislativo, muito menos ilimitado. Portanto, cabia aos tribunais *reconhecer e realizar* princípios que não nasciam de nenhum poder legislativo preexistente<sup>91</sup>. Uma nota prévia necessária, num esforço assumidamente teórico e prático, Salmond explorou a validade dos princípios jurídicos limitadores da função legislativa. Ele não se extenuou em verificar a incidência daqueles ou mesmo a eficiência de tais limitações<sup>92</sup>. Ao individualizar a experiência constitucional americana, Salmond estabelece que o exercício da função legislativa quer nos tribunais, quer no parlamento, seria limitado pela “*rule of law*”<sup>93</sup>. Ele superou a ideia de que “*supreme power limited by positive law, is a flat contradiction in terms*”<sup>94</sup> sustentada por Austin, haveria aqui uma confusão entre a sujeição da função legislativa a certas condições e limites com a imposição de deveres ao estado<sup>95</sup>. Salmond revela, portanto, o fracasso da tradição austiniana em reconhecer a diferença entre a existência de limites jurídicos ao exercício da função normativa com a imposição de deveres ao estado. Ele também sublinhou a existência de sistemas jurídicos nos quais o exercício da tal função estava submetido a diversos constrangimentos de natureza substancial. Mais uma vez a reforçar a ideia de que não seria a coercibilidade das normas a nota caracterizadora do direito, mas muito especialmente a *justicialidade*, entendida especificamente como o reconhecimento judicial e a convocação de princípios limitadores da função legislativa, suficiente para a atribuição do *status* jurídico. Decerto a comparação entre a soberania do parlamento inglês e o federalismo nos Estados Unidos da América formulada por Albert Venn Dicey contribui, e muito, para fortalecer o sentimento de rejeição de Salmond à teoria de poderes legislativos ilimitados. Como é sabido, Dicey destacou as três características estruturantes do federalismo, a saber: α) A supremacia da constituição; β) A distribuição limitada de poderes de governo aos membros; γ) A autoridade das cortes como intérpretes da constituição<sup>96</sup>. A ideia de supremacia da constituição claramente não se coadunava com a existência de indivíduos ou grupos de indivíduos com poderes legislativos ilimitados. Se por um lado, Dicey identificou que o estado federal nascia da constituição, bem como o exercício das funções administrativa,

---

<sup>91</sup> *Ibid.*, p.143.

<sup>92</sup> *Ibid.*, p.148.

<sup>93</sup> *Ibid.*, p.145 – 146.

<sup>94</sup> AUSTIN, John, **The Province of Jurisprudence Determined**, Ed. H.L.A., Hart, London: Weidenfeld & Nicolson, 1954, p. 254.

<sup>95</sup> SALMOND, **The First Principle of Jurisprudence**, p. 137 - 138.

<sup>96</sup> DICEY, Albert Venn. **Introduction to the study of the law of the constitution**. 3<sup>rd</sup> ed. London, 1889, p. 134- 135.

normativa e jurisdicional estaria subordinado à constituição. Por outro lado, ele acentuou que a tese da supremacia da constituição na Inglaterra punha em causa sérias dificuldades, a começar pela inexistência de *normas supremas*, quer dizer, aptas a serem parâmetro de validade de outras normas, sem falar no dogma da soberania legislativa do monarca no parlamento<sup>97</sup>.

Outra influência confessada por Salmond teria sido uma interpretação de Jeremy Bentham que, ao explorar uma passagem de “*Commentaries on the Laws of England*” de Sir William Blackstone, sugere que a autoridade suprema do parlamento poderia ser limitada através de convenção expressa (“*unless where limited by express convention*”)<sup>98</sup>. Ocorre que nos parágrafos seguintes Bentham convoca uma série de argumentos contrários à limitação, a começar pela crítica contundente às frases vagas e aos argumentos inteligíveis de Blackstone, quase sempre estabelecidos num nebuloso princípio de utilidade<sup>99</sup> e na desconfiança de transferência de parcela de poder aos juízes aptos a anular atos do parlamento. Infere-se que Bentham confiava mais num parlamento “democraticamente” eleito do que numa república “iluminada” de juízes<sup>100</sup>. Embora ele reconhecesse a veste negativa dos juízes, isto é, a faculdade de repelir normas, esta seria inferior ao poder de formulá-las<sup>101</sup>. Ele ainda realça que o poder político estaria edificado no *hábito* de obediência aos atos do passado e na *disposição* de obediência ao futuro. O parlamento, portanto, estaria limitado a denunciar a não existência de vestígios com o passado (leia-se inexistência de um caso concreto já decidido) e pela manifesta imprevisibilidade do *admir*<sup>102</sup>. Mas também Jeremy Bentham sublinha que “*supreme power*”, “*supreme authority*”, “*power to make laws*” cederia à utilidade ou à necessidade ou para proporcionar *felicidade* às pessoas<sup>103</sup>. Sem evidentemente excluir que os próprios integrantes dos corpos soberanos, agindo individualmente ou por intermédio de órgãos subordinados, ainda que “supremos”, estariam sujeitos à responsabilização ulterior<sup>104</sup>. Como se vê, a doutrina de poderes legislativos ilimitados não foi levada às últimas consequências por Bentham. Enfim, a preocupação de Salmond era frisar que a

---

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 136.

<sup>98</sup> BENTHAM, Jeremy. **A fragment on government**: edited with an introduction by F.C. Montague. Oxford, 1891, § 26, p. 218.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 219.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 221.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 222.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 224.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 236.

existência de princípios delimitadores do poder legislativo não punha em risco a autoridade do estado, mesmo no caso deste se socorrer da coerção física<sup>105</sup>, pois sendo a função legislativa apenas parte do estado, ele não via nenhum problema em reconhecer aos tribunais uma função que limitaria o poder do parlamento<sup>106</sup>.

#### IV - O "JUDICIAL RECOGNITION" DE JOHN SALMOND E A "RULE OF RECOGNITION" DE HERBERT HART

No que tange às fontes de direito, Salmond antecipou em mais de setenta anos a distinção entre "*primary and secondary rules of law*" proposta por Herbert Hart, mas sobretudo o "*judicial recognition*" como categoria *originarium* do direito. Quais seriam as semelhanças e diferenças entre o "*judicial recognition*" (Salmond) e a "*rule of recognition*" (Hart)? Partindo da ideia de que em qualquer sistema jurídico há normas de normas (*legum leges*), isto é, normas dirigidas a outras normas, portanto "secundárias". Neste sentido, a realização do direito seria marcada pelo exame preliminar de três questões, a saber: α) A existência; β) A *applicatio*; γ) A interpretação de princípios jurídicos<sup>107</sup>. Para Salmond, certos princípios cumpriram uma função constitutiva dos sistemas jurídicos através do "*judicial recognition*": "*Every legal system contains certain principles in accordance with which the recognition of legal principles is determined*"<sup>108</sup>. O *judicial recognition* não só desempenharia uma função positiva, mas também negativa a vislumbrar a possibilidade de não reconhecimento de normas como normas jurídicas, uma vez decidido que tais princípios não possuísem as características necessárias dos princípios jurídicos. Os princípios decorrentes das *rationes decidendi* dos casos julgados, os princípios *realizados* que representam antigos costumes e obviamente os princípios consagrados por atos do parlamento seriam exemplos de normas secundárias<sup>109</sup>. Pelo visto, Salmond já tinha a noção clara do diálogo necessário entre *faticidade* e *normatividade*, não se vá dizer que a concepção de direito dele repousa exclusivamente numa normatividade fechada em si mesma, pois ele já discernia que fatos sociais constituiriam, no íntimo, o parâmetro de validade das normas. Os eventos sociais marcados pela *temporalidade* e *historicidade* exigiriam um sistema jurídico em constante

---

<sup>105</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 148.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 219 – 220.

<sup>108</sup> *Ibid.*, p. 220.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 220.

mudança e desenvolvimento, daí a necessidade de normas secundárias atinentes à existência do direito. Quer dizer, normas a determinar as causas e os momentos por que o estado *reconhecerá* certos princípios como jurídicos. Salmond lecionava que a evolução do direito englobaria três distintas formas, a saber: α) A criação de regras pela substituição de um princípio jurídico pela discricionariedade judicial (a transformação de uma questão de facto numa questão de direito); β) O desaparecimento de regras pela substituição da discricionariedade judicial por um princípio (a transformação de uma questão de direito numa questão de facto) e γ) A alteração de regras pela substituição de um princípio por outro. A concepção de direito a partir do reconhecimento judicial põe em causa algumas dificuldades. Se por um lado Salmond nos diz como os fatos constituem a norma, isto é, via reconhecimento judicial. Por outro lado, ele não nos diz como esta prática pode, ao mesmo tempo, ser *fato* e *norma*. Pelo visto, Salmond não colocou no centro de suas reflexões a concepção de *regras sociais*, não obstante a tenha considerado intensamente em sua teoria do direito<sup>110</sup>. A prática de reconhecimento judicial não regressava *ad infinitum*, mas repousava em um ou alguns princípios últimos, cuja autoridade não decorria de nenhum outro princípio<sup>111</sup>. Estes “*ultimate legal principles*” não pressupunham nenhum postulado transcendental, mas existiam como *fatos históricos*, isto é, a prática de reconhecimento levada a cabo pelos tribunais<sup>112</sup>. Assim, a norma que reconhece as decisões judiciais à força de lei seria um princípio último, “*self-existent*”, pois não deita sua autoridade em nenhuma norma anterior ou precedente. A indesculpável *debolezza* aqui presente seria a precária condição “última”, haja vista a possibilidade de um *statute* atribuir autoridade aos precedentes, o que destituiria o mencionado *status*<sup>113</sup>. A prática do “*judicial recognition*” seria, portanto, o teste de validade último das normas jurídicas. Noutros termos, os fatos decorrentes desta prática constituem o parâmetro de existência e o de validade das normas jurídicas<sup>114</sup>. Quais seriam os limites desta prática de reconhecimento judicial? Apesar de Salmond nunca ter enfrentado a questão de a justiça ou moralidade em sentido amplo figurar como fontes de direito, ao que tudo indica nos seus escritos, não há nada que obsta esta possibilidade, desde que resultante da prática de reconhecimento judicial. Permanece, todavia,

---

<sup>110</sup> POSTEMA, Gerald J., *Legal Philosophy in the Twentieth Century*, p. 24.

<sup>111</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 222.

<sup>112</sup> *Ibid.*, p. 223.

<sup>113</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, p. 170.

<sup>114</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed. London: Sweet & Maxwell, p. 57.

a pergunta se a *justiça* ou a *moralidade* reconhecida judicialmente poderiam cumprir a função de fontes de direito? Salmond expressamente consignou que as três fontes de direito seriam a legislação, os precedentes e o costume. Convém recordar que a fonte de direito ("*source of law*") seria tão-somente "um fato ou evento no qual é causa ou momento de reconhecimento judicial de qualquer princípio como jurídico"<sup>115</sup>. Terminantemente, Salmond rejeitou a ideia de que a legislação seria o resultado da vontade do estado, para ele a legislação traduzir-se-ia como causa orientadora da ação do estado tendente a realizar princípios na administração da justiça<sup>116</sup>.

Dentre as fontes de direito aquela que desperta maior interesse prático são os precedentes, que para além de aperfeiçoar e suplementar a legislação pela criação de regras específicas de interpretação<sup>117</sup>, seriam respostas corretas para questões de facto e de direito na administração da justiça: *Res judicata pro veritate accipitur*. Trata-se simplesmente de uma pressuposição de *correttezza* das decisões judiciais<sup>118</sup>. Sem obviamente excluir o efeito legislativo de tais decisões (*stare decisis*), sob pena de não ser um "precedente". A natureza dos precedentes seria dinâmica a depender se se tratasse de questões de direito ou de facto. Quanto às questões de direito, o precedente seria apenas uma evidência ou prova do direito, mas não uma fonte de direito, ao passo que, quanto às questões de facto os precedentes constituiriam uma fonte inesgotável de princípios jurídicos<sup>119</sup>. Salmond já distinguia, pois, o juízo decisório constitutivo-vinculativo ("*judge-made law*") e a prática de reconhecimento judicial presente em cada sistema jurídico, para ele, quer os precedentes, quer os atos do parlamento apenas se constituiriam *direito* se conforme a prática judicial a reconhecer tais regras e princípios juridicamente válidos. Além disso, a simples invocação de um precedente ou a declaração de novos princípios *in abstracto* não teriam autoridade legislativa, a função normativo-constitutiva dos juízos restringir-se-ia à *realização* de um novo princípio na *faticidade interrogante* do caso concreto, diga-se de passagem, no cotidiano da administração da justiça<sup>120</sup>. Portanto, Salmond distinguia precedentes declaratórios a convocar normas já existentes

---

<sup>115</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 228.

<sup>116</sup> *Ibid.*, p. 230.

<sup>117</sup> *Ibid.*, p. 227.

<sup>118</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, p. 198.

<sup>119</sup> SALMOND, *The First Principle of Jurisprudence*, p. 232.

<sup>120</sup> SALMOND, *Jurisprudence*, p. 168.

e “original” precedentes os quais criariam normas novas<sup>121</sup>. Ambos com a mesma autoridade, isto é, são precedentes, são fontes de direito<sup>122</sup>. Se por um lado as decisões judiciais inglesas confessadamente evidenciavam a natureza normativo-constitutiva do direito, por outro, jamais poderiam teoricamente revogar normas existentes. O “judicial recognition” permitia ao juízo não invocar a norma (regra ou princípio) preexistente e, portanto, formular uma nova? Partindo das peculiaridades interrogantes do caso concreto o juízo poderia sempre formular um “original” precedente<sup>123</sup>. A fim de evitar quaisquer incompreensões, as decisões judiciais apenas constituiriam fontes de direito, se as questões de facto pudessem ser decididas pela convocação de princípios (a permitir a conversão de questões de facto em questões de direito)<sup>124</sup>. Mesmo assim, os tribunais ao formularem tais *rationes decidendi* ou princípios deveriam circunscrevê-los às exigências do caso *in concreto*, noutras palavras, os juízes não poderiam formular princípios *in abstracto* ou de qualquer maneira irrelevantes para o caso concreto<sup>125</sup>. Quais eram as fontes dos “judicial principles”? A justiça natural ou moral, a experiência decorrente das práticas e o senso comum constituiriam o fundamento, inevitavelmente, precário dos princípios judiciais. O sentido materialmente *procurado* no positivismo *soft* de Salmond é sem dúvida a justiça, ainda que seja a justiça legal, esta procederia do *judicial recognition*. Sendo talvez uma voz discordante na “*English analytical jurisprudence*” ele sugeriu que “*where the civil law is deficient, the law of nature takes its place, and in so doing puts on its character also.*”<sup>126</sup>. A analogia desempenharia uma função considerável como fonte dos princípios judiciais, haja vista a não rara existência de normas novas com *ratio juris* de normas remotas<sup>127</sup>. Salmond denunciou o não reconhecimento de que os tribunais, ao invocarem princípios na realização *in concreto*, estariam, de facto, a formular normas. Ele insistiu ainda que a “prevalência de razões éticas sobre argumentos puramente técnicos contribuiria para o desenvolvimento de um sistema jurídico racional e razoável”<sup>128</sup>.

Importante salientar que a concepção de direito de Salmond não pode ser reduzida a um amontoado de decisões judiciais que não enxerga a distinção

---

<sup>121</sup> Ibid., p. 188 e p. 190.

<sup>122</sup> Ibid., p. 189.

<sup>123</sup> Ibid., p. 197.

<sup>124</sup> Ibid., p. 200.

<sup>125</sup> Ibid., p. 202.

<sup>126</sup> Ibid., p. 202 – 203.

<sup>127</sup> Ibid., p. 203.

<sup>128</sup> Ibid., p. 203.

entre juízo decisório constitutivo-vinculativo (“*judge-made law*”) e a prática de reconhecimento judicial presente nos sistemas jurídicos. Isto posto, não deve prosperar, portanto, o entendimento de P. J. Fitzgerald exposto na décima segunda edição de “*Jurisprudence*”, o qual afirma que Salmond defenderia uma versão do realismo em que o direito nasceria das decisões judiciais<sup>129</sup>. Segundo Fitzgerald, esta concepção de direito não teria tratado adequadamente os atos do parlamento, haja vista que os *statutes* constituiriam direito uma vez aprovados pelo parlamento, sem a necessidade de aguardar pela prática de reconhecimento judicial futura (“*Statutes are recognised by the courts because they are law; they are not law simply by virtue of judicial recognition.*”)<sup>130</sup>. Se por um lado Salmond concordava com Holmes pela necessidade de se investigar as práticas levadas a cabo pelos tribunais como percurso possível para a compreensão do direito. Por outro, ele jamais concordou com a ideia de que o problema do direito se restringia a um juízo de prognose ou que seria apenas “*the prophecies of what the courts will do, in fact, and nothing more pretentious are what I mean by the law*”<sup>131</sup>. Para Salmond, as normas jurídicas (regras e princípios) não decorreriam da prática judicial, mas da razão subjacente a esta prática<sup>132</sup>. Os precedentes, para além de desempenharem uma função constitutiva dos sistemas jurídicos, as diversas normas deitariam suas origens naqueles, cumpriram o papel de transformar questões de facto em questões de direito. Como já vimos, uma vez evidenciada a progressiva transformação das questões de facto em questões de direito, via discricionariedade judicial, os precedentes constituir-se-iam fontes de direito. Portanto, “questões de facto uma vez decididas tendem a se tornar futuras questões de direito” (“*Ex facto oritur jus*”)<sup>133</sup>. Os precedentes dariam ainda nova inspiração ao sistema jurídico, nomeadamente na criação, extinção e alteração das regras, como já tivemos a oportunidade de noticiar. Convém sublinhar que Salmond não defendia a transformação de todas as questões de facto em questões de direito, para além de sugerir que a divisão de funções entre *juízo* e *júri* contribuiria para afastar tal risco. Ele reconhece ainda que não raramente questões de facto seriam apreciadas como de direito, a ampliar consideravelmente o âmbito de atuação dos juízes na experiência inglesa<sup>134</sup>.

---

<sup>129</sup> SALMOND, John William, **Jurisprudence**, Twelfth Edition by P. J. Fitzgerald, London, Sweet & Maxwell, 1966, p. 36.

<sup>130</sup> *Ibid.*, p. 36 – 37.

<sup>131</sup> HOLMES, **The Path of the Law** (1896-97), 10 *Harvard Law Review*, p. 461.

<sup>132</sup> SALMOND, **The First Principle of Jurisprudence**, p. 88.

<sup>133</sup> *Ibid.*, p. 235.

<sup>134</sup> *Ibid.*, p. 238 – 239.

Para Herbert Hart, “o costume e o precedente estariam subordinados à legislação desde o momento em que costume e *common law* perderam o seu *status* de direito por meio do *statute*”<sup>135</sup>.

O contributo de Salmond quanto aos costumes não se restringia a simples ideia de que estes são fontes de direito, desde tempos imemoriais singularizada pela regularidade de suas práticas, mas cada norma corresponderia à *regularidade* da atuação judicial. Portanto, a regularidade do “*judicial recognition*” culminaria exemplarmente em: “*the realisation of the rule*”<sup>136</sup>. Mas também cada norma corresponderia a uma regularidade da conduta dos indivíduos em sociedade<sup>137</sup>. À vista disso, as normas jurídicas realizariam em si mesmas duas espécies distintas de regularidade de ações, logo duas espécies distintas de costumes. Estamos a dizer a regularidade da atuação judicial e a da conduta dos indivíduos: “*Now just as law thus produces custom, so custom produces law.*”<sup>138</sup>. Salmond não só já explicitamente identificava as práticas judiciais como fontes de direito (“*Judicial practices as a source of law*”), como já rejeitava a ideia de que aos precedentes caberiam apenas evidenciar a existência das verdadeiras fontes de direito (legislação e costume). Para ele, os costumes, para além de coincidirem com as concepções morais de uma dada comunidade, exprimiriam a *realização popular* de princípios “*of right and wrong*”, a convocar o estado, via administração da justiça, apenas para reconhecê-los como fontes de direito. Como já vimos, todas as fontes de direito, de uma forma ou de outra, convergiriam para o momento da realização prática do direito: a decisão *in concreto*. O “*judicial recognition*” apenas cederia face aos costumes especiais ou locais, cuja existência e validade não tenham ainda sido reconhecidas judicialmente. Noutros termos, tais costumes seriam em si fontes de direito, independentemente de reconhecimento judicial<sup>139</sup>.

Finalmente, em que dimensão o “*judicial recognition*” de Salmond antecipou a “*rule of recognition*” de Herbert Hart? Salmond, assim como Hart, rejeita pensar o direito simplesmente a partir da ideia “*top-down*”, mas a partir de suas práticas judiciais, muito embora ambos não estivessem preocupados em desenvolver uma metodologia verdadeiramente comprometida com a realização *in concreto* do direito. Salmond não conseguiu *refinar* a sua concepção de direito ao ponto

---

<sup>135</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2012 [1961], p. 101.

<sup>136</sup> SALMOND, **The First Principle of Jurisprudence**, p. 242.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>138</sup> *Ibid.*, p. 242.

<sup>139</sup> *Ibid.*, p. 242 – 244.

de tratá-la fundamentalmente como um *problema de fato social*, não obstante tenha insistentemente explorado a ideia de fato e eventos sociais e as questões fundamentais atinentes à *faticidade, temporalidade, historicidade e normatividade* do direito. No *judicial recognition* não está claro qualquer acordo entre os juízes a respeito dos critérios de identificação das fontes de direito, embora esteja nitidamente baseada numa forma convencional de consenso judicial. Neste sentido, a explicação da identificação judicial das fontes de direito formulada Salmond é substancialmente a mesma que a sugerida por Herbert Hart, o que decerto não exclui certos apuramentos proposto por este último. O *judicial recognition* e a *rule of recognition* seriam o fundamento do sistema jurídico. Tanto o primeiro quanto a segunda cumpririam exemplarmente a função de fornecer os critérios de validade às normas do sistema jurídico. Não se tratava somente de validade, mas também *pertença* ao sistema, neste sentido tais critérios delimitariam as fronteiras do direito e também atribuiriam autoridade às normas. Ao fim e ao cabo, tanto o *judicial recognition* quanto a *rule of recognition* cumpririam uma função constitutiva da ordem jurídica.

A *rule of recognition* parece estar, fundamentalmente, preocupada em reduzir a incerteza das normas como autênticas normas da comunidade. Ao passo que o *judicial recognition*, para além de ser o *prius originarium* do sistema jurídico, estava abertamente comprometido com a realização da “justiça legal” no caso concreto. A *rule of recognition* seria a resposta à necessidade de identificação das normas compartilhadas pela comunidade, portanto uma “*rule of identification*”. Estes critérios (κριτήριον) ou testes de validade confessadamente se assumem como “*ultimate legal principle*” ou “*ultimate rule*”, “*supreme*”<sup>140</sup>, uma vez que constituiriam o teste último de *correttezza* (“*ultimate test of correctness*”) na cadeia de normas, sem falar que igualmente rejeitavam a ideia de um poder legislativo ilimitado. Tanto o *judicial recognition* quanto a *rule of recognition* não viraram as costas aos constrangimentos de natureza substancial, nomeadamente os de natureza constitucional<sup>141</sup>. Salmond nitidamente distinguia o juízo decisório constitutivo-vinculativo (“*judge-made law*”) e a prática de reconhecimento judicial presente em cada sistema, ao passo que Hart numa passagem afirma que a “*rule of recognition*” além de ser o teste de validade do que poderá ser considerado direito na corte, constituirá também *razão* para a decisão<sup>142</sup>. Mais tarde, ele explicou que os

---

<sup>140</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus, **The Concept of Law**, Third Edition, Oxford, Oxford University Press, Clarendon Law Series, 2012 [1961], p. 105 e p. 107.

<sup>141</sup> *Ibid.*, p. 106.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 105.

juizes seguindo a “*rule of recognition*” tratariam as normas como “*authoritative legal reasons*”<sup>143</sup>. A “*rule of recognition*” ainda demandaria a sua própria aceitação como critério ou teste de validade último, pelo visto, o *judicial recognition* se fundamentava na obrigação moral de os juizes melhor prestarem justiça<sup>144</sup>. O *judicial recognition* estaria obviamente limitado àqueles que integram os quadros da magistratura, enquanto a *rule of recognition* poderia ser “manuseada” também por indivíduos em geral<sup>145</sup>. Neste caso, as regras de conduta consideradas válidas, segundo a *rule of recognition* e devidamente cumpridas, atenderiam à exigência mínima de existência do sistema jurídico ao lado da aceitação da *rule of recognition* como *standard* de comportamento dos “*officials*”<sup>146</sup>. Decerto o mérito ou demérito da concepção de Hart está em considerar a *perspetiva interna* do jurídico, isto é, considerar as normas como padrão de comportamento aceitável (“*voluntary acceptance of rules*”)<sup>147</sup>. Embora Salmond nunca tenha afivelado a máscara de filósofo, a sua compreensão particular a respeito do direito decerto o credencia como um *jusfilósofo*, o *judicial recognition* nunca fez a distinção da perspectiva interna do direito porque se concentrou nomeadamente na realização prática do direito e não na norma. Ele praticamente inverteu o binômio predominante *norma-decisão* para *decisão-norma*. A *rule of recognition*, a despeito de pretender ser uma tese com robustos traços empíricos, a eleger uma tal *prática* como ponto de partida, acaba por não superar o *teorético*, haja vista que a *unidade* e a *coerência* do sistema jurídico são pressupostas. Ao menos para Salmond, a coerência do sistema jurídico nasceria da *razão* subjacente às práticas judiciais, vez que *originante* das regras e princípios jurídicos. O *judicial recognition* foi pensado exclusivamente no horizonte da *common law* e embora não tenha assumido o propósito de *justificação*, não é moralmente neutro. Enquanto a *rule of recognition* integra um discurso que se apresenta como uma teoria geral e descritiva do direito, na perspectiva de Hart, “não se referindo a nenhum sistema ou cultura jurídicos concretos”, antes um “relato explicativo do direito como instituição social e política complexa”, relato explicativo que poderá englobar a perspectiva interna do participante que manifesta a aceitação do direito, ainda que decorrente de *razões morais*, inclusive com a possibilidade de justificar o uso da coerção *moralmente* (“Uma descrição pode ainda continuar

---

<sup>143</sup> HART, *Essays on Bentham*, Oxford, Clarendon, 1982, p. 20, p. 260-261.

<sup>144</sup> HART, *The Concept of Law*, p. 108.

<sup>145</sup> *Ibid.*, p. 100, p. 101.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 116.

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 105 e p. 201.

a ser descrição, mesmo quando o que é descrito constitui uma justificação”)<sup>148</sup>. Convém assinalar que a coerção ou a justificação da coerção nunca foram a principal preocupação de Hart, embora reconhecesse a sua importância para o exercício de poderes jurídicos<sup>149</sup>. Enfim, não devem prosperar as críticas de que a *rule of recognition* não se ajustaria, de facto, à realidade de alguns sistemas jurídicos, haja vista não ter sido desenvolvida com tal pretensão.

O *judicial recognition* não foi concebido como *panaceia* para uma tal incerteza das regras primárias a convocar uma rarefeita pressão social, e também não sobreleva a componente *autoridade* e a *ideia de unificação de regras*, diga-se de passagem, traços marcantes na *rule of recognition* que a aproximam, e muito, da teoria imperativa de John Austin. Entretanto, o *judicial recognition* e a *rule of recognition* convergem quando se trata da ideia de validade jurídica<sup>150</sup>. Convém sublinhar que nunca foi a intenção de Hart a exclusão de toda a incerteza no direito com a concepção da *rule of recognition*, antes reforçar o percurso *racional* seguido no *caso concreto*<sup>151</sup>. Segundo Hart, os princípios jurídicos poderiam também ser identificados pelos critérios de *pedigree* e a *rule of recognition* poderia fornecer critérios diferentes dos de *pedigree*, isto é, pelo seu conteúdo. Assim, a inclusão de princípios como parte do direito se harmoniza com a tese da regra de reconhecimento, portanto, não haveria nenhuma incompatibilidade entre a admissão de princípios, como integrantes do sistema jurídico, e a regra de reconhecimento<sup>152</sup>. Hart insiste, pois, na necessidade da *rule of recognition* para a identificação das fontes de direito e sobretudo das relações de subordinação e coordenação entre elas. Todavia, o mais importante é reiterar que “os critérios últimos de validade jurídica podiam incorporar explicitamente, para além de *pedigree*, princípios de justiça ou valores morais substantivos, e estes poderiam integrar o conteúdo de restrições jurídico-constitucionais.”<sup>153</sup>. Portanto, a *rule of recognition* “pode incorporar, como critérios de validade jurídica, a conformidade com princípios morais ou com valores substantivos”<sup>154</sup>. Todavia, isto não significa assumir os juízos morais como critério da validade jurídica, haja vista que a última palavra dependeria sempre da “*rule of recognition*”. Segundo Hart, ao

<sup>148</sup> HART, *The Concept of Law*, p. 244.

<sup>149</sup> *Ibid.*, p. 250.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 79 – 99.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 252.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 265 – 266.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 360.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 250.

fim e ao cabo, os juizes devem fazer o melhor juízo moral que as exigências do *caso concreto* reclamarem<sup>155</sup>. O *judicial recognition* também antecipou a ideia de um poder discricionário criador do direito, entretanto, a partir de um percurso diferente que não realçou a “*textura aberta*” das regras e dos princípios jurídicos, muito menos a *incompletude* do direito para certas questões. Poderíamos pensar à partida que o *judicial recognition* não estaria sujeito à crítica corrente à *rule of recognition* de que esta seria tão-somente uma *convenção* (“*acordo entre os juizes*”) carente de força normativa, vez que fundada na *obrigação moral* dos juizes de melhor prestarem a justiça (“*oath of office*”). Entretanto, ambos os critérios ou teste de validade não conseguiram dar conta do significado normativo do direito, dada a manifesta precariedade dos referidos fundamentos.

*Verba volant, scripta manent.*

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AUSTIN, John, Lectures on Jurisprudence, Fifth Edition, by Robert Campbell, vol. I, London Murray, Albemarle Street, 1885.
- AUSTIN, John, The Province of Jurisprudence Determined, Ed. H.L.A., Hart, London: Weidenfeld & Nicolson, 1954.
- BENTHAM, Jeremy. A Fragment on Government: edited with an introduction by F.C. Montague. Oxford, 1891.
- DICEY, Albert Venn. Introduction to the study of the law of the constitution. 3<sup>rd</sup> ed. London, 1889.
- DORSETT, Shaunnagh e MCVEIGH, Shaun, The Persona of the Jurist in Salmond’s Jurisprudence: On the Exposition of ‘What Law is...’, in Victoria University of Wellington Law Review, 2008, The Salmond Edition, 38 (4), p. 796.
- HART, The Concept of Law, Third Edition, with an Introduction by Leslie Green, Clarendon Law Series, Oxford University Press, 2012 [1961].
- HART, Essays on Bentham, Oxford, Clarendon, 1982.
- HOLMES, The Path of the Law (1896-97), 10 Harvard Law Review, p. 461.
- LEVENSTEIN, Michael. Maxims of Equity: A Juridical Critique of the Ethics of Chancery Law, New York, USA: Agora Publishing, 2014.
- LOBBAN, Michael, A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence, vol. 8: A History of Philosophy of Law in The Common Law World, 1600-1900, year 2007.

---

<sup>155</sup> Ibid., p. 254.

MARKBY, William, *Elements of Law*, Sixth Edition, Oxford at Clarendon Press, 1905.

POSTEMA, Gerald J., *Legal Philosophy in the Twentieth Century: The Common Law World*, vol. 11, Springer, 2011.

SALMOND, John William, *The First Principle of Jurisprudence*, London: Stevens & Haynes, Law Publishers, 1893.

SALMOND, Sir. *Jurisprudence*, 7<sup>th</sup> ed. London: Stevens & Haynes, Law Publishers, 1924

SALMOND, John, *Jurisprudence*, editor by GLANVILLE Williams ed, 11 ed, Sweet & Maxwell, London, 1957.

SALMOND, John, *Jurisprudence*, editor by P. J. Fitzgerald ed, 12 ed, Sweet & Maxwell, London, 1966.



---

# *O RACISMO ESTRUTURAL NOS MECANISMOS DE RECONHECIMENTO CRIMINAIS*

---

*Marianna Vial Brito<sup>1</sup>*

**Resumo:** Em um país forjado através do trabalho escravo, o Brasil é marcado por suas origens escravocratas e convive até hoje com as consequências que impactam profundamente a nossa realidade social ao longo da história. Tal condição fica ainda mais caracterizada ao analisarmos o contexto em que a população negra está inserida, estendendo-se, inclusive, para esfera judicial, como é o caso dos mecanismos para o reconhecimento de suspeitos nas investigações criminais. Por esse motivo, o presente artigo tem a finalidade demonstrar a forma que o racismo tem afetado não só a conjuntura social da população negra, mas também na esfera jurídica. Para tanto, contextualizar-se-á o que é racismo estrutural, demonstrando as diversas maneiras que afeta a população negra. Em seguida, no contexto jurídico, será abordado o conceito de meio de provas no processo penal, bem como seus princípios basilares, a história do reconhecimento na esfera processual criminal, observando como foi o desenvolvimento das teses no direito estrangeiro e a necessidade da alteração na forma de aplicação do mecanismo.

**Palavras-chaves:** Direitos humanos; Dignidade da pessoa humana; Racismo estrutural; Reconhecimento facial; Direito Processual Penal.

**Summary:** In a country forged through slave labor, Brazil is marked by its slaveholding origins and continues to grapple with the consequences that deeply impact our social reality throughout history. This condition is further characterized when examining the context in which the black population is situated, extending even to the judicial

---

<sup>1</sup> Advogada, inscrita na OAB-RJ, especialista em Direito Médico pelo Centro Educacional Renato Saraiva – CERS e Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes e autora de artigos jurídicos.

sphere, as seen in mechanisms for the recognition of suspects in criminal investigations. For this reason, this article aims to demonstrate how racism has affected not only the social context of the black population but also in the legal sphere. To do so, we will contextualize what structural racism is, illustrating the various ways it affects the black population. Subsequently, in the legal context, we will address the concept of evidence in criminal proceedings, as well as its fundamental principles, the history of recognition in the criminal procedural sphere, observing the development of theories in foreign law and the need for a change in the application of the mechanism.

**Keywords:** Human rights; Human dignity; Structural racism; Facial recognition; Criminal Procedure Law.

## 1. INTRODUÇÃO

No dia 13 de maio de 1888, a Princesa Imperial Regente, em nome de Sua Majestade, o Imperador D. Pedro II, sancionou a lei que finalmente declarou extinta a escravidão da população negra no território brasileiro. Até esse período histórico, os europeus subjogavam os povos por intermédio de classificação dos seres humanos, seres primitivos e civilizados, europeus e africanos, brancos e pretos, por exemplo.

Entretanto, mesmo após 135 anos do fim da escravidão, como é justificável que ainda haja uma persistente diferenciação e desigualdade entre os próprios brasileiros, especialmente com base na noção de raça?

Acerca do tema, alguns doutrinadores defendem essa realidade se deriva devido à negligência do Estado brasileiro que, após a abolição, não investiu em políticas que visavam uma real integração do povo recém liberto. Em outras palavras, com a Lei Áurea, a população negra deixou de ser mera *res* para se tornar, somente em tese, sujeito de direitos, uma vez que todas as suas reivindicações, como educação básica, não eram dignas de atenção (Barros, 2016).

Inclusive, Djamilia Ribeiro (2019) recorda que, mesmo com a promulgação da Constituição do Império de 1824 preconizando o direito a educação a todos os cidadãos, esse privilégio não era estendido aos negros escravizados, uma vez que a cidadania se limitava aos portugueses e aos nascidos em solo brasileiro. Contudo, ainda que os negros libertos já fossem considerados cidadãos, para ter acesso aos direitos básicos exigia-se a detenção de posses e rendimentos.

Nota-se que a partir de então havia, entre a elite brasileira, o entendimento que a raça negra era um fator de subdesenvolvimento nacional, sendo necessário promover o branqueamento da sociedade para o efetivo crescimento da nação.

Vale destacar que tal compreensão partia também dos intelectuais da época, baseando-se no *racismo científico*, na qual essa corrente pseudocientífica defendia que a inferioridade do negro estaria em conformidade com a própria natureza, justificando o tratamento de inferioridade e marginalidade e alimentando ainda mais o pensamento racista.

Após esse período, em meados de século XX, a ideologia do racismo científico foi gradativamente superada para dar espaço para o denominado *mito da democracia racial* que visava a convivência pacífica entre as diferentes raças existentes e, por conseguinte, exaltando a mestiçagem, a fim de alegar a inexistência de racismo no país (Sales Junior, 2006).

Atualmente, verifica-se que uma das maiores conquistas para a sociedade brasileira foi a universalização dos serviços básicos, o que vale destacar, sempre foi uma requisição do Movimento Negro durante a Constituinte. Logo, podemos consagrar a Constituição Cidadã como um marco histórico ante as intolerâncias, haja vista que em seu texto sancionou a abominação a qualquer tipo de preconceito, seja por raça, gênero ou orientação sexual, ao declarar que todas as pessoas são “iguais, sem distinção de qualquer natureza.”

Salienta-se que a Constituição de 88 repudia expressamente o racismo, conforme podemos verificar no artigo 5º, XLII no qual preconiza que “a prática de racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (Brasil, 1988).

No entanto, mesmo diante de todos os avanços, ao analisar as políticas públicas atuais, percebemos que esse crime se faz presente no cotidiano da nossa comunidade, seja entre pessoas de baixa ou alta renda, sendo, inclusive, essa referida disparidade econômica entre os indivíduos que destaca a questão racial.

Nesse sentido, Silvio Almeida (2020) sustenta que o racismo é uma “forma sistemática de discriminação que tem a raça como fundamento e que se manifesta por meio de práticas conscientes ou inconscientes que culminam em desvantagens ou privilégios para indivíduos, a depender do grupo racial ao qual pertençam.” Assim, para inibi-lo se faz necessário refletir acerca das mudanças profundas nas relações sociais, políticas e econômicas.

É imperioso frisar que, na visão do autor, o conceito de raça se define nas classificações dos seres humanos por diferentes fenótipos, seja por cor, hábitos ou costumes, por exemplo. Trata-se de uma distinção de natureza política, sem qualquer embasamento científico, tendo em vista que o sequenciamento dos genomas demonstrou que não há diferenciação biológicas que justifiquem quaisquer espécies de classificações raciais. Em outras palavras, raça é “uma relação social, o que significa dizer que a raça se manifesta em atos concretos ocorridos no interior de uma estrutura social marcada por conflitos e antagonismos.”

De todo modo, existem ainda teses divergentes, como as de Álvaro Ricardo de Souza Cruz e Antônio Guimarães, fundamentando que o racismo e a discriminação racial não são as verdadeiras causas de desigualdade dominante e visível na sociedade, mas sim pelas condições socioeconômicas inferiores. Portanto, são mecanismos sutis presentes e que perpetuam as condições sociais preponderantes.

Ao analisarmos a realidade da sociedade brasileira, existe uma maneira de socialização típica em que o racismo se torna um dos componentes orgânicos, camuflando-se em situações cotidianas.

Nos termos de Almeida (2020):

É uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo “normal” com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional. O racismo é estrutural.

Frisa-se que o autor afirma que essa discriminação está presente em quatro esferas que compõem o “cerne da manifestação estrutural do racismo”, sendo elas, o direito, a ideologia, a política e a economia, no qual há uma relação dialética entre essas áreas. Dessa maneira, o racismo é político porque influencia a organização da sociedade e, igualmente, histórico, uma vez que está intrinsecamente vinculado à dinâmica e as peculiaridades da formação social.

Partindo para análise do racismo dentro do aspecto penal, nota-se que a criminologia, desde o início do XIX, buscou encontrar fatores e causas que justificassem a conduta criminosa de forma que surgissem paradigma etiológico dos criminosos que se estendem até hoje.

Nesse aspecto, constata-se que esses estudos criminológicos eram especificamente direcionados ao agente e seus aspectos biológicos do que

propriamente os fatores sociais que levaram ao cometimento do fato criminoso, uma vez que consideravam que o fenômeno da criminalidade se instituiu do caráter hereditário, logo, inerente ao poder de escolha do indivíduo.

De acordo com mencionada a teoria, denominada lombrosiana, o criminoso já possuía, desde o nascimento, características de um determinado grupo específico e que tais atributos, considerados como biologicamente inferiores, causavam essa predisposição para o cometimento de suas infrações.

Em contraponto, Durkheim apresentou a teoria do etiquetamento, mudando o foco de pesquisa do crime ou do criminoso, como também nos efeitos que a estigmatização opera na pessoa desviante. De modo que estudiosos como Becker (2008) concluíram que, o desinteresse dos aspectos sociológicos acerca do crime, tornaram as pessoas negras mais suscetíveis a aplicação da lei penal, uma vez que havia essa diferenciação racial.

Importante destacar análise realizada pelo estudo de criminologia latino-americana, onde se constatou que a criminalização não alcança de igual forma todos os corpos, tendo em vista que para o Estado é inviável alcançar e criminalizar todas as condutas tipificadas e, em razão disso, obriga-se a escolher quais condutas efetivamente são passíveis de criminalização, gerando assim, uma espécie de “criminalização seletiva”.

Diante dessa teoria, pode-se concluir que não existe qualquer ato delitivo por natureza e, concomitantemente, que o delito é definido por quem detém o poder para criminalizar as condutas de classe categorizadas como subalternas. Ou seja, aplicando esse raciocínio à nossa realidade, identifica-se que essa dicotomia é aplicada na questão racial, haja vista que, após a abolição, houve um certo avanço no projeto de criminalização focado nos agentes e não nas condutas.

Por essa razão, o racismo se trata de um sistema opressor cuja finalidade é negar direitos e o primeiro passo para combatê-lo é o mencionado caráter estrutural que paralisa qualquer meio de mudança. Nesse sentido, contrapor seus efeitos vai muito além das ações institucionais punitivas às práticas discriminatórias, é indispensável que a própria população passe a denunciar todas as práticas racistas, veladas ou explícitas, independente do contexto da relação social. Logo, é necessária uma ação conjunta atacando tanto a violência individual (ou discriminação) praticada em face das vítimas, como também pressionar as instituições que reanalise seus posicionamentos.

Em decorrência dessa breve explanação do que é o racismo, bem como as discrepâncias existentes em nossa sociedade, analisaremos como o racismo estrutural age na dinâmica dos meios de prova processuais e todos os seus efeitos colaterais.

## **2. A FORMAÇÃO DO ESTERÍOTIPO DA PESSOA CRIMINOSA**

Conforme apresentado na introdução do presente artigo, a história brasileira iniciou o “projeto” de criminalização do povo negro, através do direito penal e de seu sistema carcerário, imediatamente após a abolição, haja vista que a mencionada ideologia racista já estava enraizada na nossa cultura.

A mencionada tese é corroborada pelo fato de que, já no Código Criminal do Império Brasileiro, uma das primeiras normas previstas no ordenamento, tipificam condutas diretamente derivadas da cultura negra, como foi o caso da capoeira, igualando-a com vadiagem, bem como as atividades econômicas exercidas por mulheres negras.

Mais adiante, foram instituídas as Colônias Correccionais através do Decreto nº 145 que preconizava a retirada das pessoas consideradas perigosas (capoeiristas, vadios, maiores de 21 anos, bêbados e mendigos) do convívio social. É necessário frisar que as Colônias Correccionais, em sua grande maioria, eram ocupadas pelas camadas mais vulneráveis da sociedade e que a definição de vadios, vagabundos e capoeiristas ficava exclusivamente a encargo das forças policiais e das cortes julgadoras.

De modo que, com a Lei Áurea, veio concomitantemente a mudança de mentalidade fundando-se com a teoria racionalista europeu do século XIX já mencionada. A partir desse momento, a população negra deixa de ser vista como propriedade pelos detentores de terra e passa a ser excluída e criminalizada, dando uma nova roupagem ao racismo.

Em vista disso, é perceptível que o racismo, atributo basilar da sociedade brasileira, conforme já descrito, percorrer por todas as relações, bem como nas instituições, causando impactos na atuação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário que ratifica a ideia de que a pessoa negra é um mal que deve ser combatido, ou seja, um ciclo de criminalização.

Nas palavras de Enedina Alves (2015):

O moderno Direito Penal brasileiro, advindo da escola positiva, conserva essa concepção de controle corporal baseado numa epistemologia racial (um saber racial) que reserva aos corpos negros a culpabilidade e a punição. Assim, as teorias do eugenismo e do evolucionismo foram fundamentais para a fundação das bases do direito criminal como um direito antipobre e antinegro. O desproporcional encarceramento de negras e negros, em síntese, pode ser visto como consequência dessa hiper vigilância racial. O que equivale a dizer que a polícia encontra mais “crimes” entre os negros simplesmente porque a polícia “procura” por mais “problemas” entre os negros. Os espaços racializados que são objetos de vigilância policial têm muito mais chances de fornecer indivíduos para a indústria da punição.

Nessa mesma linha, podemos lembrar o caso de Henrique Assumano, um líder espiritual, conhecido Príncipe dos Alufás, que foi preso enquanto atendia um paciente, o jornalista José do Patrocínio, em 1927, acusado pela prática do crime de curandeirismo e magia negra e teve seu processo arquivado por falta de provas. Ou seja, a perseguição da população negra não é um simples caso pontual, mas sim uma prática constante ao longo da nossa história que se tornou uma marca permanente nas estruturas das agências de criminalização secundárias.

Por essa razão, não é incomum ouvir relatos de pessoas negras mencionando sobre o medo das abordagens violentas às práticas de falsas acusações que passaram, inclusive por reconhecimento fotográfico.

Ao passo que a criminologia, enquanto marco teórico constituído no contexto do direito penal, deve estar ser estudado em conjunto com aos estudos críticos raciais com o objetivo de enfatizar o viés racista e seletivo do nosso sistema penal, haja vista que o estereótipo criado da pessoa criminoso, construído pelas escolas criminológicas, demonstrado na pesquisa, foi marco inicial para o alto nível de condenações das pessoas negras, começando desde o reconhecimento fotográfico até a execução penal.

### 3. DOS DIREITOS HUMANOS

Ao discutirmos os Direitos Humanos, muitas pessoas tendem a associar erroneamente essa ideia a um conceito estigmatizado, sugerindo negligência e impunidade governamental, devido à percepção distorcida promovida pelos

meios de comunicação. No entanto, o conceito de Direitos Humanos é resultado de uma evolução social e cultural em constante transformação, uma vez que a sociedade sempre está se desenvolvendo.

É importante destacar, em primeiro lugar, que os Direitos Humanos têm fundamento no jusnaturalismo ou, como também conhecido, direito natural. Portanto, é uma prerrogativa inerente ao ser humano, independente de sua etnia, gênero ou condições socioeconômicas. Em outras palavras, é um direito primordial e soberano que se sobrepõe a qualquer ordenamento jurídico existente. Conforme afirmou Comparato (1997), os direitos humanos representam a “universalização da ideia do ser humano como sujeito de direitos anteriores e superiores a toda organização estatal.”

De modo que a existência do direito natural está intimamente ligada à noção de justiça, uma vez que o jusnaturalismo preconiza que o direito advém de uma ordem superior, maior do que o próprio ordenamento, independentemente de qual seja. Portanto, podemos inferir que a proteção aos direitos humanos é meramente declaratória, haja vista que a lei não cria direitos humanos, apenas os reconhece.

De acordo com André de Carvalho Ramos (2018), os Direitos Humanos representam os valores essenciais existentes explicita ou implicitamente tanto nas Constituições quanto nos tratados internacionais, sendo indispensáveis para a promoção da dignidade humana.

Sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, após o processo de redemocratização, o constituinte de 1988 se preocupou com o bem-estar social e trouxe os direitos humanos como um dos pilares da Carta Magna.

Pensando nisso, o ordenamento nacional adotou um procedimento especial para incorporação dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, no qual, caso seja aprovado por maioria de 3/5 e em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional a norma seja tratada como Emenda Constitucional.

Já nos casos dos tratados que não forem aprovados com esse quórum, a norma ingressaria no ordenamento classificadas como supralegal em relação as demais leis, posicionando-se entre a Constituição da República e acima das leis ordinárias.

Nesse liame, conclui-se que o Estado, assim como todos de os indivíduos, tem a obrigação de proteger os fundamentos que viabilizam a manutenção da vida social digna, sendo ela representada pelo concreto exercício dos direitos inerentes ao ser humano, como o direito à vida, liberdade e a igualdade.

Por certo, os Direitos Humanos representam os pilares essenciais de uma sociedade justa e inclusiva, no qual cada indivíduo é reconhecido por ser detentor da dignidade e seus valores intrínsecos. Dessa forma, a sua evolução contínua demonstra mais do que uma mudança legal, como também um amadurecimento moral e social da humanidade.

Entretanto, mesmo com a Constituição da República garantindo a preservação desses direitos, é necessário ter em mente que para a sua real efetivação devemos garantir a educação, conscientização e o engajamento da sociedade civil e das instituições governamentais.

#### 4. DOS MEIOS DE PROVA

Sabemos que a nossa Carta Magna determina a garantia do devido processo legal como um dos direitos fundamentais. Para isso, é de extrema importância que todas as regras estabelecidas pelo ordenamento jurídico sejam respeitadas, logo, o direito processual penal é, assim como os demais procedimentos judiciais, um sistema de regras e princípios que permite a real efetivação das garantias processuais.

Sob o aspecto processual penal, não devemos nos limitar em somente punir os agentes transgressores, mas também viabilizar a correta aplicação do direito material a fim de proteger todas as garantias previstas pelo constituinte.

Do ponto de vista etimológico, a palavra prova é oriunda do latim *probatio* que significa exame, verificação, confirmação. Em português, foi mantido seu significado e tem como função primordial indicar algo a fim de que possa servir de convencimento para outrem.

Por conseguinte o objeto da prova é fato alegado pela parte. Já no que tange o conteúdo, esse representa tudo aquilo que se conseguiu provar. Contudo, insta salientar que é necessário estabelecer um nexos causal entre o conteúdo da prova e seu objeto consistente no fato alegado.

Acerca do tema, Antonio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Righi Ivany (2007) defendem que “tanto na linguagem comum, filosófica ou científica, como na terminologia jurídica, o termo prova é sabidamente polissêmico, designando aspectos diversos do vasto campo de operações do intelecto na busca e na comunicação do conhecimento verdadeiro.”

Nesse vértice, os doutrinadores ainda sustentam sobre a necessidade “de se estabelecer, do modo mais preciso possível, o significado atribuído à expressão prova nas variadas situações em que é empregada no discurso jurídico.”

No direito, a função da prova detém uma maior relevância, tendo em vista que, para a efetiva positivação do processo, faz-se necessária a subsunção da previsão normativa abstrata ao fato alegado, viabilizando, assim, a implicação entre antecedente e, conseqüentemente, das operações lógicas que constituem o fenômeno da incidência normativa.

Simplificando, a prova representa um mecanismo no qual um conjunto de elementos e atividades têm como objetivo demonstrar a verdade total ou, no mínimo, de parte de um dos enunciados fáticos integrantes do *thema probandum*.

Aplicando esse conceito ao reconhecimento realizado no curso da persecução penal, entende-se que a eficiência está diretamente ligada à capacidade de identificar o autor do crime ou meios usados na atividade criminosa.

Vale destacar que o elemento de prova refere-se ao que é introduzido durante o curso processual, podendo ou não ser utilizado pelo juízo como fundamento da sua atividade inferencial.

Compreende-se, dessa maneira, que a prova não tem somente a finalidade de aduzir a trajetória do ocorrido, como também constitui o fato jurídico, auxiliando diretamente no convencimento do julgador.

No que se refere fonte de prova, pode-se arguir que são os sujeitos ou objetos que levam à formação dos elementos de prova. Vale destacar que as fontes de prova podem tanto pessoais, como é o exemplo da prova testemunhal, quanto reais, na hipótese de um documento ou qualquer outro material.

Na concepção de Gustavo Henrique Righi Ivany Badaró (2003), a fonte da prova deriva do fato por si só, independe da existência de um processo. De forma que, ocorrido o fato, tudo aquilo que vier a servir para esclarecer algo sobre a existência desse fato poderá ser compreendido como uma fonte da prova.

Por fim, define-se como meio de prova a atividade pelo qual se introduz no procedimento, pelo menos, algum elemento de prova, tanto pessoal, quanto real. Destaca-se, desde já que, na referida circunstância, em todos os atos devem ser realizados com a participação do juízo e das partes, sob a égide do princípio do contraditório.

Vale diferenciar que os meios de prova não se confundem com os meios de investigação, uma vez que, nos meios de investigação ocorrem na fase de persecução prévia, ou seja, sem a participação judicial, que visão unicamente buscar indícios para embasar o oferecimento ou não da ação penal.

Menciona-se ainda que os meios de investigação não formam elementos de prova, logo, não podem ser considerados pelos Magistrados na formulação da sentença, em virtude de ausência do contraditório.

Nesse viés, Nicola Triggiani salienta que os meios de investigação não representam por si só fontes de convencimento, entretanto, tornam possível a aquisição de coisas materiais, traços ou declarações dotadas de atitudes probatórias.

Em suma, percebe-se que o direito ao procedimento penal é, de fato, um direito ao sistema de regras e princípios que garante a funcionalidade dos órgãos de persecução penal, garantindo inclusive a total efetivação das garantias constitucionais. De forma que é um direito a um sistema de regras e princípios que viabilize eficiência e garantia do devido processo legal.

## 5. DAS QUESTÕES DO RECONHECIMENTO CRIMINAL

Obviamente, analisar criticamente a forma que as pessoas negras são criminalizadas pelo sistema penal brasileiro requer um estudo mais cuidadoso sobre os processos e institutos que permitem essas mencionadas práticas.

Por esse motivo, nesse artigo, a análise será feita de acordo com o relatório da Comissão Criminal do Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais que analisou inúmeros casos acerca do reconhecimento fotográfico encaminhados por defensores públicos no Brasil.

Segundo os relatórios apresentados pela comissão, entre 2012 à 2020 foram realizadas cerca de 90 prisões injustas fundadas em reconhecimento fotográfico, sendo ao menos 73 casos somente no Rio de Janeiro. Destaca-se que em 79 das

prisões contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% de pessoas negras.

Durante a análise ficou escancarado que o reconhecimento fotográfico de pessoas possui uma imensa fragilidade enquanto meio de prova, tendo em vista que, além de ser extremamente passível de sofrer o fenômeno da indução e das nossas falsas memórias, fica evidenciado o quanto o racismo é impregnado em nossa cultura.

Além do racismo estrutural demonstrado na pesquisa, explicitou-se ainda mais a necessidade de um olhar mais atento para os processos que se sustentam somente em reconhecimentos fotográficos da vítima como prova da autoria do crime.

Importante atentar-se que, tais erros foram respaldados pelo próprio STJ, que até 2020 tinha o entendimento que a inobservância do procedimento preconizado pelo artigo 226 não ensejava a nulidade do ato, gerava tão somente de uma mera irregularidade ou nulidade relativa, caracterizando bem a mentalidade inquisitória e os resquícios autoritários do nosso Judiciário.

Em virtude disso, o contestável entendimento enraizou de que as etapas previstas no Código eram meras sugestões, assim, os demais atos de autoridades (delegados e juízes) que era contrário ao procedimento legal passaram a propagar essa ofensa ao princípio da legalidade, causando imensos prejuízos ao justo processo.

Nota-se que o rito processual penal, sobretudo, preza pela forma, logo, a forma é legalidade, garantia, mas, principalmente, o limite de poder e, por essa razão, a errônea inserção da teoria das nulidades relativas e do prejuízo é tão prejudicial ao processo penal brasileiro, tendo em vista que se trata de uma “fraude” processual a serviço do punitivismo populista e, no caso do reconhecimento pessoal, mais uma viga para o racismo estrutural.

Felizmente, a partir de 2020, com o HC nº 598.886, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça corrigiu o entendimento e declarou nulo e imprestável (*inutilizzabilità*) o ato de reconhecimento sem as devidas observâncias do preconizado no art. 226 do CPP e, posteriormente, a 5ª Turma alinhou-se ao mesmo raciocínio, afirmando que somente os reconhecimentos fotográficos ou presenciais realizados em desacordo com o previsto no Código não são suficientemente bastantes para assegurar a autoria do delito.

Nas palavras do relator do *Habeas Corpus*, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, a identificação, ainda que seja ratificada em juízo, que não estiver substanciada em outras provas, independentes e idôneas produzidas na fase judicial, com adequada ampla defesa, tendo sido configurada a falha no reconhecimento é incapaz de embasar qualquer condenação.

No tocante a necessidade de ratificação do reconhecimento fotográfico através de outras provas, o entendimento do Supremo Tribunal Federal tem sido de que o reconhecimento fotográfico somente será considerado como meio de prova, a partir do momento em que for ratificado com outros elementos probatórios mais robustos, conforme foi o entendimento do então Ministro Marco Aurélio, no HC nº 157.007/SP.

Em outro julgado, HC nº 172.606/SP, o Ministro ainda sustenta que:

“na espécie, o controverso reconhecimento fotográfico realizado durante a investigação policial seguiu procedimento pouco ortodoxo, não tendo sido confirmado por subsequente reconhecimento pessoal na Polícia – apesar da insistência da Promotoria de Justiça – nem durante a instrução processual perante a autoridade judicial. Há, inclusive, sérias dúvidas sobre a validade do procedimento realizado durante o inquérito policial, seja pelas contradições apresentadas no relatório final da autoridade policial, seja pelo desmentido realizado pela testemunha em juízo (HC 172.606/SP).”

Outro absurdo procedimental foi o ocorrido no Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* (RHC nº 206.8461), em que foi analisado pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal onde o reconhecimento do acusado pelo crime de roubo foi inicialmente realizado através do aplicativo de mensagens, *Whatsapp*.

No caso, o Ministro Gilmar Mendes havia deferido liminarmente a soltura do acusado, em virtude da clara ilegalidade no reconhecimento fotográfico. Em julgamento, o relator declarou voto dando provimento do RHC a fim de absolver o réu, haja vista a ausência de provas substanciais. No entender do Ministro, a matéria requer adoção de uma metodologia específica, com intuito de evitar a produção de provas distorcidas.

De acordo com o Ilustre Ministro:

“(…) pode-se afirmar que as provas dependentes da memória são passíveis de erros em razão da própria falibilidade da memória

humana. Assim, devem ser adotadas medidas para tentar reduzir o risco de falhas e, conseqüentemente, aprimorar a confiabilidade da prova produzida. Ou seja, deve-se primar por uma postura de redução de danos (ÁVILA, Gustavo N. Falsas Memórias e Sistema Penal. *Lumen Juris*, 2013. p. 304)

(...)

Além disso, pode-se afirmar que a desatenção às regras procedimentais determinadas na legislação potencializa brechas para abusos ou mesmo reprodução de desigualdades e preconceitos sociais, como o racismo estrutural que fomenta a seletividade do sistema penal (DIAS, Camila C. "Olhos que condenam": uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. *Revista AJURIS*, v. 47, n. 148, jun./2020).

É forçoso frisar que o reconhecimento é um meio de prova típico, de modo que é indispensável que siga o rito legal previamente determinado para sua produção, embora o dispositivo expresse "se possível", a flexibilização só deverá ser realizada em casos excepcionais. Em outras palavras, situações que não haja outro meio de identificação, após o uso de todos os meios disponíveis pelos órgãos estatais para atendê-lo.

Além disso, mesmo com a repetição do procedimento de reconhecimento, por diversas vezes não é garantia de maior precisão e confiabilidade, principalmente se o primeiro reconhecimento for feito de forma para induzir uma falsa memória. Isto é, o simples fato de repetir em juízo um reconhecimento efetuado na fase inquisitorial não garante a precisão da prova produzida.

Por esse motivo, o correto é que o juízo sempre analise as provas produzidas e, existindo qualquer indício de irregularidade na sua produção, deverá desconsiderar o resultado, por ser imprestável para fins condenatórios e, assim, a sentença poderá, eventualmente, sustentar-se nas demais provas apresentadas e contraditadas nos autos, independente daquela que fora considerada nula.

Todavia, infelizmente, o tema ainda bastante controvertido e há muito o que ser discutido até que haja uma pacificação, uma vez que é recorrente o caso de reconhecimentos enviesados, sem a devida atenção ao regulamento previsto pelo art. 226, bem como as necessárias cautelas objetivando evitar os falhos reconhecimentos, conforme ocorreu no HC nº 651.595 negado de um acusado do crime de latrocínio tentado, em razão do reconhecimento feito por fotografia pelas vítimas.

No mencionado caso concreto, o relator, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, mesmo com as devidas restrições do uso de fotografias para o reconhecimento dos acusados, fundamentou que essa tese não se enquadraria aos casos de prisão preventiva, com supedâneo no art. 312 do CPP: “quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.”

À face do exposto, compreende-se que não há um indicativo de qual será a tese majoritária acerca do tema, o que além de gerar insegurança jurídica, alimenta um enorme precedente para injustiças que potencializam o estigma, o preconceito e o racismo.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado no decorrer desse artigo, compreendemos que, mesmo diante a todas as negativas da população, o racismo ainda é extremamente presente no cotidiano brasileiro e, até mesmo, nas esferas do Poder Público. Ao passo que, devido a toda essa estigmatização, a população negra permanece sendo marginalizada pelo simples fato da sua cor. Assim, negá-lo é ignorar toda a realidade e inviabilizar qualquer tipo de solução que possa existir para tentarmos dirimir a problemática.

No que se refere ao reconhecimento de pessoas e o impacto que o racismo causa nesse meio de prova, acaba evidenciando a percepção da sociedade da forma que os corpos negros são vistos, haja vista que reflete de maneira explícita todo o estereótipo que a população brasileira forjou no decorrer da nossa história.

Sobre as inúmeras falhas nos meios de reconhecimento criminal, Janaina Matida e William Cecconelo (2022) muito bem definiram que esses erros crassos atualizam o verso da Elza Soares, que alerta para a realidade nada exagerada de que “a carne negra é a carne mais barata do mercado” e comprova que a presunção de inocência de pessoas negras é deficitária.

Portanto, para obter a identificação de pessoas ou coisas, através de um processo de comparação com elementos do passado, é, no mínimo, necessário que sejam respeitadas as formalidades preconizadas na legislação sejam respeitadas, uma vez que se trata de uma postura necessária para maior confiabilidade do devido processo legal.

Por fim, a intenção dessa análise não tem o condão de exaurir o tema, muito pelo contrário, é demonstrar a necessidade das mudanças estruturais para que haja, assim, o fomento da real igualdade que é essencial para o regime democrático-constitucional brasileiro concretize-se. De modo que as ações afirmativas são os caminhos para a inclusão e conscientização da sociedade e aceleraria o projeto de um povo com menos desigualdade.

## **7. BIBLIOGRAFIA**

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Racismo estrutural. São Paulo: Editora Jandaíra, 2020.

ALVES, Enedina do Amparo et al. Rés negras, Judiciário branco: uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana. 2015. 155 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Ciências Sociais, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2015.

BARROS, Surya Pombo de. Escravos, libertos, filhos de africanos livres, não livres, pretos, ingênuos: negros nas legislações educacionais do XIX. Educação e Pesquisa, v. 42, n. 3, p. 591-605, 2016. Disponível em: [https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1517-97022016000300591](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022016000300591). Acesso em 17 out. 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique Ivany. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BATISTA, Vera Malaguti. Introdução crítica à criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard S. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

BRASIL. [Constituição (1988)] Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 17 out. 2023

BRASIL. Decreto nº 145, de 11 de julho de 1893. Autorisa o Governo a fundar uma colonia correccional no Proprio Nacional Fazenda da Boa Vista, existente na Parahyba do Sul, ou onde melhor lhe parecer, e dá outras providencias. Capital Federal. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-145-11-julho-1893-540923-publicacaooriginal-42452-pl.html#:~:text=Autorisa%20o%20Governo%20a%20fundar,parecer%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20providencias>>. Acesso em: 19 out. 2023

BRASIL. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Código Penal. Brasília, Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D847.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm)>. Acesso em: 19 out. 2023

COMPARATO, Fábio Konder. Fundamento dos Direitos Humanos. Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. São Paulo, 13 de mai de 2013. Disponível em: <http://www.iea.usp.br/publicacoes/textos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2023

- CONDEGE. Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. Condege, 2021. Disponível em: <<http://condege.org.br/arquivos/1029>>. Acesso em: 23 out. 2023.
- DIAS, Camila C. “Olhos que condenam”: uma análise autoetnográfica do reconhecimento fotográfico no processo penal. Revista AJURIS, v. 47, n. 148, jun./2020
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães e BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro. Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 65. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março-abril 2007
- GUIMARÃES, Antônio Sérgio Alfredo. Racismo e anti-racismo no Brasil. Novos Estudos. Ed. 46, V. 3. Nov. 1995. Disponível em: <http://novosestudos.com.br/produto/edicao-43/>. Acesso em 17 out. 2023
- LOPES Jr., Aury e OLIVEIRA, Jhonatan. A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Consultor Jurídico, Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>>. Acesso em: 23 out. 2023.
- LOPES, Nei. A presença africana na música popular brasileira. ArtCultura, [S. l.], v. 6, n. 9, 2006. Disponível em: <<https://seer.ufu.br/index.php/artcultura/article/view/1370>>. Acesso em: 23 out. 2023.
- SALES JR, Ronaldo. Democracia racial: o não-dito racista. Tempo social, v. 18, n. 2, p. 229-258, 2006.
- RIBEIRO, Djamila. Pequeno manual antirracista. 1a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2019



---

# *O PAPEL DO DIREITO, DA RELIGIÃO E DA MORAL COMO INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL*

---

*Reis Friede<sup>1</sup>*

**Resumo:** o debate que envolve a relação entre o Direito, a Religião e a Moral tem inspirado as reflexões de juristas e filósofos. Não obstante a proeminência ostentada pelo Direito, forçoso reconhecer que a complexidade da vida em sociedade, geradora de incontáveis conflitos, não poderia mesmo lhe conferir a exclusividade do controle social. Tendo em vista as peculiaridades das diversas relações cotidianamente estabelecidas pelos indivíduos, outros mecanismos assumem parte desta tarefa. Deste modo, o presente artigo analisa, em breves linhas, o Direito, a Religião e a Moral enquanto instrumentos de controle social.

**Palavras-chave:** Direito; Religião; Moral.

## **THE ROLE OF LAW, RELIGION AND MORALS AS INSTRUMENTS OF SOCIAL CONTROL**

**Abstract:** the debate regarding the relation among Law, Religion and Morals has been inspiring the reflection of jurists and philosophers. Notwithstanding the prominence of Law, we must reckon that the complexity of life in society, which generates countless conflicts, could not bestow it the exclusivity of social control. Having in mind the peculiarity of the diverse relations established everyday by the individuals, other mechanisms take responsibility for part of this task. Therefore, the current article analyzes, briefly, Law, Religion and Morals as instruments of social control.

**Keywords:** Law; Religion; Morals.

---

<sup>1</sup> Desembargador Federal, Diretor-Geral da Escola de Magistratura Federal da 2ª Região (biênio 2023/25), ex-Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (biênio 2019/21), Mestre e Doutor em Direito e Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO). Site: <https://reisfriede.wordpress.com/> . E-mail: [reisfriede@hotmail.com](mailto:reisfriede@hotmail.com) .

## 1. INTRODUÇÃO

NORBERT HORN (2005, p. 36-37 e 44), reconhecendo que o “Direito não pode regular tudo”, bem como que o indivíduo encontra-se inserido em um amplo contexto normativo, integrado por normas de diversas tonalidades, estabelece, classificatoriamente, que:

“Distinguimos hoje, como resultado de uma diferenciação histórica e reconhecida a classificação propagada, entre: (1) normas jurídicas (*Direito*) como as normas de comportamento garantidas estatalmente, (2) normais morais (*moral*), que se dirigem à consciência do indivíduo e (3) normas sociais (*costumes*), que são observados sem coação estatal. Esta distinção [...] caracteriza diferenças no fundamento de validade, mas não necessariamente no conteúdo das normas. Quanto ao conteúdo estes âmbitos normativos em parte se sobrepõem, em parte não. Uma mesma norma pode pertencer ao Direito, mas ser simultaneamente norma moral e reconhecida pela sociedade. O exemplo mais próximo é o homicídio. Ele é infligido pelo Direito com pena, bem como moralmente reprovável e, por fim, desaprovado pelas concepções sociais. [...]” (HORN, 2005, p. 36-37 e 44)

No mesmo sentido, afirmam BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 517) que “as regras jurídicas não estão isoladas na constituição do espaço do *dever-ser* social”, posto que “existem muitos discursos fundantes de práticas determinadoras de comportamento”, tais como a religião e a moral (“como constitutiva de um grupo de valores predominantes para um grupo ou para uma sociedade”), motivo pelo qual “o grande grupamento da deontologia, o estudo das regras do *dever-ser*, coloca a experiência moral ao lado da experiência religiosa e da experiência jurídico-política”. Destacam-se, pois, ao lado do Direito, outras formas instrumentais de normatização, tais como a religião e a moral, cada uma delas atuando nas respectivas esferas normativas e com objetivos que lhes são próprios.

## 2. O DIREITO ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

A doutrina, de modo uníssono, caracteriza o Direito como um *fato* ou *fenômeno social*, não existindo, pois, senão na sociedade e, da mesma forma, não podendo ser concebido fora dela (*ubi societas, ibi jus; onde está a sociedade, está o Direito*), razão pela qual a *sociabilidade* constitui-se em uma de suas notas essenciais, correspondendo o Direito “à exigência indeclinável de uma

convivência harmônica”, posto que “nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção e solidariedade” (REALE, 2002, p. 2). Tal constatação igualmente encontra apoio em DURKHEIM (1960, p. 17), para quem a sociedade, sem o Direito, sucumbiria, sendo este a grande coluna que a sustenta, relação (entre sociedade e Direito) que, segundo as lições NADER (2017, p. 12 e 18), revela-se sob um “duplo sentido de adaptação.” Significa dizer, portanto, que ao mesmo tempo em que o “Ordenamento Jurídico é elaborado como processo de adaptação social e, para isto, deve ajustar-se às condições do meio”, por outro lado “o Direito estabelecido cria a necessidade de o povo adaptar o seu comportamento aos novos padrões de convivência”. Ademais, cumpre registrar, o “Direito de um povo se revela autêntico quando retrata a vida social, quando se adapta ao momento histórico, quando evolui à medida que o organismo social ganha novas dimensões”.

Malgrado a plena adequação das afirmações acima (de REALE e de DURKHEIM) à sociedade atual, cumpre registrar, conforme adverte NADER (2017, p. 31), que “o mundo primitivo não distinguiu as diversas espécies de ordenamentos sociais”, sendo que o “Direito absorvia questões afetas ao plano da consciência, própria da *Moral* e da *Religião*, e assuntos não pertinentes à disciplina e equilíbrio da sociedade, identificados hoje por *usos sociais*.” Tal processo de interação social, segundo leciona NADER (2017, p. 25), opera-se de três modos distintos, isto é, pela *cooperação*, quando as pessoas são movidas por um mesmo objetivo, razão pela qual conjugam esforços; pela *competição*, na qual se observa a existência de disputa, de concorrência, em que as partes envolvidas, reciprocamente, procuram obter o que almejam; e, por fim, pelo *conflito*, figura que se estabelece a partir do impasse, isto é, quando os interesses em jogo não logram uma solução pelo diálogo e as partes recorrem à luta (moral ou física) ou buscam a mediação da Justiça.

Não obstante a proeminência ostentada, neste cenário conflituoso, pelo Direito, forçoso reconhecer que a complexidade da vida em sociedade, geradora de incontáveis conflitos, não poderia mesmo lhe conferir a exclusividade do controle social. Tendo em vista as peculiaridades das diversas relações sociais cotidianamente estabelecidas pelos indivíduos, outros mecanismos assumem parte desta tarefa, posto que se apenas o Direito, com suas características próprias, entre as quais se destaca o *poder de coerção*, existisse com tal finalidade, as relações sociais restariam simplesmente travadas.

Procurando identificar a exata função a ser desempenhada pelo Direito

no contexto do convívio social, BETIOLI (2008, p. 8-9) aduz que o Direito não objetiva promover o aperfeiçoamento interior do homem; tal tarefa, afirma o citado autor, interessa ao campo da moral. Da mesma forma, “não pretende preparar o ser humano para uma vida supraterrena, ligada a Deus, finalidade buscada pela religião”. O campo de atuação do Direito, destarte, consiste em disciplinar tão somente os fatos sociais considerados mais relevantes para o convívio social, regulamentando, assim, apenas as denominadas *relações de conflitos*, conforme explicado acima por NADER. No que se refere às *relações de cooperação e competição*, a intervenção do Direito, enquanto “conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os critérios de justiça”, somente se justifica quando houver situação potencialmente conflituosa (NADER, 2017, p. 76).

Desta feita, a regulamentação e a organização sociais podem e devem ser levadas a efeito por meio de outros instrumentos, tais como a religião e a moral, restando conclusiva a importância a eles conferida, os quais, juntamente com o Direito, mas cada um a seu modo, possuem o mesmo propósito: viabilizar e condicionar a vivência do homem na sociedade.

### **3. A RELIGIÃO ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL**

O termo *religião*, do latim *religare*, remete a algo que *religa* o ser humano a Deus. A religião procura agregar, harmonicamente, o homem a Deus, atuando, ademais, como um poderoso obstáculo às ações humanas, contribuindo, desta feita, para o seu aprimoramento interior. Os *Dez Mandamentos* da Bíblia, por exemplo, atuam sobre os cristãos como verdadeira *Lei Divina*.

Segundo GIDDENS (2005, p. 427), “as religiões envolvem um conjunto de símbolos, que invocam sentimentos de reverência ou de temor, estando ligadas a rituais ou cerimoniais dos quais participa uma comunidade de fiéis”. Assim, a religião, através da *fé*, “define o caminho a ser percorrido” pelos crentes, estabelecendo, para atingir tal finalidade, “uma escala de valores a serem cultivados e, em razão deles, dispõe sobre a conduta humana”, atuando, pois, como um autêntico instrumento de controle individual, conforme reconhecido, inclusive, por NADER:

“A Religião tem sido sempre um dos mais relevantes instrumentos

no governo social do homem e dos agrupamentos humanos. Se esse grande fator de controle enfraquece, apresenta-se o perigo do retrocesso do homem às formas primitivas e antissociais da conduta, de regresso e queda da civilização, de retorno ao paganismo social e moral. O que a razão faz pelas ideias, a religião faz pelos sentimentos.” (NADER, 2017, p. 34)

A distinção entre Direito e religião tem na *alteridade* uma de suas notas fundamentais. Na ótica de LEGAZ Y LACAMBRA (1961, p. 419), “a alteridade, essencial ao Direito, não é necessária à religião”, já que esta é caracterizada por ser uma relação entre o ser humano e Deus, e não entre os homens. Da mesma forma, o valor *segurança*, tão precioso e buscado pelo Direito, não seria, na concepção de LEGAZ Y LACAMBRA, algo atingível pela religião.

Ainda no que concerne aos termos distintivos básicos, pode-se dizer que a religião busca a harmonia do espírito, ao passo que o Direito dirige-se à convivência no plano terrestre. De qualquer modo, não obstante a nítida diferença entre os dois campos, é lícito concluir que a religião, assim como o Direito, atua como um autêntico instrumento propulsor de ações e influenciador da conduta humana. Neste sentido, ASSIS (2012) assinala que “a religião assume a função de manter a ordem social com suas práticas, sistemas simbólicos e crenças, em harmonia com a realidade objetiva socialmente construída, ou seja, em acordo com a sociedade e sistemas vigentes”, registrando, outrossim, que tal função “está em constante interação com outros sistemas e representações sociais”, o que equivale dizer que “as religiões estão em interação histórica e dialética com outras esferas e subsistemas da sociedade, tais como a política, a economia, a educação, a ideologia” (e, evidentemente, o Direito), “não existindo (nem subsistindo) independentemente dos demais subsistemas sociais”; ao contrário, a religião está em permanente interação e, por isto mesmo, “termina por interferir e sofrer interferências desses subsistemas de uma forma dinâmica e transformadora”.

“Sob o ponto de vista jurídico-teórico, importante é a questão sobre até que ponto, hoje, concepções cristãs influenciam nosso Direito. Os valores fundamentais do Estado democrático moderno, liberal e social remontam a ideias de valor que foram sobretudo desenvolvidas na filosofia do Renascimento do século XVIII. Essas, por sua vez, surgiram, por um lado, em repúdio à autoridade eclesial, por outro lado, amplamente orientadas no Cristianismo como o meio espiritual dominante de nossa cultura. Além disso, pensamentos cristãos, apesar

de alguma repressão, sempre exerceram influência na formação jurídica moderna. Conceitos fundamentais da Constituição alemã, como dignidade humana ou a ideia do social, são impensáveis sem as concepções cristãs modernas. O mesmo se aplica também para fundamentos da imagem cristã da pessoa como liberdade e consciência.” (HORN, 2005, p. 116)

Cumprido consignar, por oportuno, que mesmo diante da consolidação do processo de laicização do Direito, não há como negar a influência ainda hoje exercida pela religião na elaboração do Direito. A título de exemplo, recorde-se, no âmbito constitucional, que a Carta Imperial (1824) estabelecia, no seu art. 5º, que a Religião Católica Apostólica Romana continuaria a ser a religião do Império, sendo as demais religiões permitidas com seu culto doméstico ou particular. No caso do Brasil, a separação entre Igreja e Estado operou-se a partir da Constituição de 1891, a primeira da República, cujo art. 72, § 7º, preceituava que “nenhum culto ou igreja gozará de subvenção oficial, nem terá relações de dependência ou aliança com o Governo da União ou dos Estados”.

#### 4. A MORAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE CONTROLE SOCIAL

Convém registrar que os egípcios, os babilônios, os chineses e os próprios gregos não estabeleciam distinção entre os campos do Direito e da moral (GUSMÃO, 2000, p. 69). Ainda segundo o aludido autor, os romanos, organizadores do Direito, definindo-o sobre a influência da filosofia grega, consideravam-no como *ars boni et aequi*, aduzindo, ainda, que o grande jurisconsulto PAULO, talvez compreendendo a particularidade do Direito, sustentava que *non omne quod licet honestum est*, ou seja, o permitido pelo Direito nem sempre está de acordo com a moral (GUSMÃO, 2000, p. 69).

VENOSA (2006, p. 183), dissertando sobre o vocábulo em epígrafe, afirma que a “palavra *moral* decorre sociologicamente de *mos* (plural *mores*), que sob este sentido pode ser compreendida como o conjunto de práticas, de costumes, de usos, de padrões de conduta em determinado segmento social”; desta feita, segundo o citado autor, “cada povo, cada época, cada setor da sociedade possui seu próprio padrão, sua própria moral”. Com efeito, pondera VENOSA que “a moral de um povo nunca pode ser vista distante do seu conteúdo histórico: o que é de acordo com a moral hoje poderá não ter sido ontem e poderá não sê-lo no

futuro." A moral, ainda segundo os ensinamentos de VENOSA (2006, p. 184), "indica regras de conduta para o bem-estar e aperfeiçoamento da sociedade". Assim, o termo em questão, figurativamente, seria "uma linha reta de comportamento, cujos desvios representam escorregões, transgressões da regra moral, isto é, afastamento da conduta justa e aceitável", sendo certo que "tanto a moral como o Direito possuem conteúdos éticos".

O termo *ética*, a propósito, deriva do grego *ethos*, que, segundo ANA PEDRO (2014, p. 485), pode apresentar duas grafias, quais sejam, *êthos* ("evocando o lugar onde se guardavam os animais, tendo evoluído para 'o lugar onde brotam os actos, isto é, a interioridade dos homens'") e *éthos* (que "significa comportamento, costume, hábito, caráter, modo de ser de uma pessoa"). Em sua acepção abrangente, o vocábulo *ética* traduz o estudo dos juízos de apreciação referente à conduta humana suscetível de qualificação do ponto de vista do *bem* e do *mal*, seja relativamente a determinada sociedade, seja de modo absoluto (cf. *Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa*, 2ª ed., Nova Fronteira, 1986, p. 733).

Sob essa ótica, é obrigatório deduzir que, em certas situações, o conceito amplo de ética, como valor da coletividade, em suas variadas expressões, abrange não só a denominada *moral social* (conjunto de costumes e convenções sociais), como igualmente o próprio Direito. Da mesma forma, ANA PEDRO (2014, p. 485), ao mesmo tempo em que admite que os conceitos de ética e moral sejam distintos, reconhece, por outro lado, a existência de uma estreita articulação entre ambos, "na medida em que a ética tem como objeto de estudo a própria moral, não existindo desligada uma da outra, mas sendo independentes entre si", considerando a autora, inclusive, que "tanto a ética implica a moral, enquanto matéria-prima das suas reflexões e sem a qual não existiria, como a moral implica a ética para se repensar, desenhando-se, assim, entre elas uma importante relação de circularidade ascendente e de complementaridade".

Uma vez registrada a relação existente entre ética e moral, cumpre consignar, posto que de suma importância para a compreensão do Direito, que as *normas éticas*, tais como as *normas morais* e as *normas jurídicas*, estruturam-se como um juízo de *dever-ser* específico, ou seja, apresentam-se como uma percepção interpretativa de um determinado *fato social*, por intermédio de uma *avaliação subjetiva* inerente ao *mundo cultural*, produzindo, em consequência, uma *previsão normativa comportamental*. Tal quadro de ideias permite afirmar, exatamente como considera VENOSA (2006, p. 186), "que a ordem moral e a ordem jurídica são normativamente distintas, mas intimamente relacionadas e interligadas".

De fato, consoante asseveram BITTAR e ALMEIDA (2011, p. 522), a ordem moral efetivamente se distingue da Ordem Jurídica, o que não significa dizer, no entanto, que haja, entre ambas, um distanciamento; ao contrário, a moral e o Direito aproximam-se sobremaneira e se “complementam na orientação do comportamento humano”.

## 5. ASPECTOS DISTINTIVOS ENTRE DIREITO E MORAL

Não obstante tal ponto de convergência, posto que ambas (as normas morais e as normas jurídicas) inserem-se no campo da *ética* e se “complementam na orientação do comportamento humano”, conforme registrado anteriormente, há aspectos distintivos a serem considerados. REALE, objetivando identificar a essência da moral, de modo a diferenciá-la, em um de seus aspectos fundamentais, do Direito, leciona que:

“O ato moral implica a adesão do espírito ao conteúdo da regra. Só temos, na verdade, Moral autêntica quando o indivíduo, por um movimento espiritual espontâneo, realiza o ato enunciado pela norma. Não é possível conceber-se o ato moral forçado, fruto da força ou da coação. Ninguém pode ser bom pela violência. Só é possível praticar o bem, no sentido próprio, quando ele nos atrai por aquilo que vale por si mesmo, e não pela interferência de terceiros, pela força que venha consagrar a utilidade ou a conveniência de uma atitude. Conquanto haja reparos a ser feitos à Ética de KANT, pelo seu excessivo formalismo, pretendendo rigorosamente que se cumpra o dever pelo dever, não resta dúvida que ele vislumbrou uma verdade essencial quando pôs em evidência a espontaneidade do ato moral.

A Moral, para realizar-se autenticamente, deve contar com a adesão dos obrigados. Quem pratica um ato, consciente da sua moralidade, já aderiu ao mandamento a que obedece. Se respeito meu pai, pratico um ato na plena convicção da sua intrínseca valia, coincidindo o ditame de minha consciência com o conteúdo da regra moral. Acontecerá o mesmo com o Direito? Haverá, sempre, uma adequação entre a minha maneira de pensar e agir e o fim que, em abstrato, a regra jurídica prescreve? No plano da moral, [...] essa coincidência é essencial, mas o mesmo não ocorre no mundo jurídico.” (REALE, 2002, p. 44-45)

Historicamente, de acordo com GUSMÃO, deve-se a THOMASIU (1655-1728), cujas ideias foram desenvolvidas por KANT, a distinção entre Direito e moral:

“Partindo da consideração da coercibilidade como a marca do direito, não o confundiu com os deveres morais, por considerá-los incoercíveis, em contraposição aos jurídicos, que seriam coercíveis. Já KANT atribuiu à moral o julgamento dos motivos, das resoluções, da intenção e da consciência, enquanto ao direito, a disciplina da conduta exterior do homem e das manifestações da vontade. Por isso, diz KANT, o direito é coercitivo, enquanto a moral, incoercível.” (GUSMÃO, 2000, p. 69)

As reflexões levadas a efeito por KANT quanto à diferenciação básica entre Direito e moral foram assim resumidas por VENOSA:

“KANT encontrou na Moral a autonomia e, no Direito, heteronomia. No Direito há bilateralidade, relação jurídica. Coloca no centro da Moral, em vez do bem, o dever. A moralidade da ação não estaria no seu objeto ou conteúdo, mas apenas na sua forma, no seu móvel. O motivo de agir é o dever, colocando-se a moral dentro do conceito de *imperativo categórico* que criou. A ideia é no sentido de que cada pessoa aja de uma forma que o motivo de sua ação possa valer como uma lei universal. Desse modo, a moral é sempre um mandamento interno do indivíduo, pois o motivo para agir é sempre eterno. Para KANT, por outro lado, o direito é um conjunto de condições de arbítrio de cada pessoa que pode conciliar-se com o arbítrio de outrem. Desse modo, o direito estabelece uma ordem externa para regular as ações. Assim, nesse campo interessa apenas a legalidade, a conformação das condutas com as normas, independentemente da motivação do agente. Para KANT, a observância da lei jurídica também é um dever moral. O Direito, diferentemente da moral, situa-se no âmbito do imperativo categórico.” (VENOSA, 2006, p. 186-187)

Também discorrendo sobre a distinção entre Direito e moral, GUSMÃO (2000, p. 70) assevera que DEL VECCHIO, além da *coercibilidade* específica ao Direito, indicou a *bilateralidade* como outro elemento que o destaca da moral, aduzindo, ainda, que:

“O dever moral não é exigível por ninguém, reduzindo-se a dever de consciência, ao *tu deves*, enquanto o dever jurídico deve ser cumprido sob pena de sofrer o devedor os efeitos da sanção organizada, aplicável pelos órgãos especializados da sociedade. Assim, no direito, o dever é exigível, enquanto na moral, não. Entretanto, não é só, pois, enquanto o direito é *heterônomo*, por ser imposto ou garantido pela autoridade competente, mesmo contra a vontade de seus destinatários, a moral é *autônoma*, pois é imposta pela consciência ao homem. Destarte, podemos dizer que o direito, se não respeitado voluntariamente,

poderá sê-lo pela intervenção dos aparelhos policial e judiciário, o que não ocorre com a moral, que exige a observância espontânea, voluntária, de seus preceitos.” (GUSMÃO, 2000, p. 71)

NADER (2017, p. 40), por seu turno, assevera que a manifestação do Direito opera-se a partir de um conjunto de regras definidoras da dimensão da conduta exigida, as quais estabelecem o modo de agir (a norma de conduta), enquanto que as normas morais possuem diretrizes mais gerais, sem descer a particularizações. Ainda no âmbito da diferença entre Direito e moral, DIMOULIS, invocado por VENOSA (2006, p. 191), pontua que “o Direito é um sistema denso e concreto, enquanto a moral apresenta-se como um sistema rarefeito e genérico”; vale dizer, o “ordenamento jurídico é massivo e complexo, representado por um sem-número de leis, tendo no ápice a Constituição”. A moral, por sua vez, “inscreve-se facilmente na mente de cada um”, uma vez que “os mandamentos morais são incutidos de geração em geração e são enunciados simples, representando uma orientação para orientação geral para a sociedade”.

SOARES (2013, p. 19), também reconhecendo a existência de muitos pontos de contato entre as normas morais e as normas jurídicas, afirma “que a moral se manifesta, prevalentemente, como uma instância de normatividade ética de natureza autônoma, interior, unilateral e menos coercitiva do que o direito, tutelada por meio de um conjunto de sanções difusas aplicadas pela opinião pública”; o Direito, de seu lado, “figura como uma instância de normatividade ética de natureza heterônoma, exterior, bilateral e mais coercitiva do que os padrões de moralidade social, protegida por um complexo institucional de sanções organizadas, que são aplicadas pelo Estado.” Prosseguindo em uma abordagem distintiva, SOARES (2013, p. 19) explica que “as normas morais se revelam como instâncias autônomas de normatização do agir humano, porque o sujeito moral sustenta a prerrogativa de orientar-se conforme a sua vontade”, ao passo que “as normas jurídicas são heterônomas, uma vez que são impostas por um ente distinto do indivíduo, independentemente da vontade do sujeito de direito.” Da mesma forma, assinala SOARES (2013, p. 20) que “as normas morais se dirigem para as dimensões interiores da existência humana”, uma vez que regulam a consciência individual, sendo certo que, no plano da normatividade moral, a “sanção é puramente interior”, vale dizer, “a única consequência desagradável da violação de uma norma moral seria o sentimento de culpa, um estado de incômodo, de perturbação ou de angústia”, enquanto que “as normas jurídicas necessitam de comportamentos exteriores para serem aplicadas”.

Ainda em uma perspectiva distintiva, SOARES (2013, p. 20-21) argumenta que “as normas morais são unilaterais, porque estão destinadas à disciplina do comportamento de um indivíduo isolado”, motivo pelo qual o “dever moral não pode ser exigido compulsoriamente por outro agente social”; as normas jurídicas, por sua vez, são bilaterais, posto que regulam sempre uma relação intersubjetiva, uma vez que o “Direito enfoca a conduta em sua interferência intersubjetiva (correlação entre o fazer de um ou impedir do outro).” Por fim, segundo o mesmo autor, “as normas jurídicas são geralmente mais coercitivas do que as normas morais, atuando no psiquismo do potencial infrator de modo mais contundente, já que o temor da aplicação de uma sanção jurídica é maior que a aflição gerada pela possibilidade de materialização de uma sanção moral”.

## 6. DIREITO, MORAL E TEORIAS DOS CÍRCULOS

Não obstante a referida confusão conceitual inicial, problema percebido desde a Antiguidade Clássica (REALE, 2002, p. 53), fato é que a relação existente entre o Direito e a moral é, contemporaneamente, um dos temas mais controvertidos na seara da Filosofia do Direito, conforme reconhecido, inclusive, pelo insigne REALE:

“Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito [...]. Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las [...].

Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitarmos-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico.” (REALE, 2002, p. 41)

Objetivando estabelecer o modo como se opera a relação existente entre o Direito e a moral, cumpre destacar e analisar as Teoria dos Círculos Concêntricos (JEREMY BENTHAM), dos Círculos Secantes (CLAUDE DU PASQUIER), dos Círculos Independentes (HANS KELSEN) e do Mínimo Ético (GEORG JELLINEK).

### 6.1. Teoria dos Círculos Concêntricos

Trata-se de teoria formulada por JEREMY BENTHAM (1748-1832), segundo

a qual a Ordem Jurídica encontra-se totalmente incluída no campo da moral, afirmação da qual se extraem duas conclusões imediatas: *a)* o campo da moral afigura-se mais amplo que o do Direito; *b)* o Direito subordina-se por completo à moral.

Segundo as premissas de tal teoria, todas as normas jurídicas são igualmente morais, o que não corresponde à realidade, mormente se considerarmos a existência de normas jurídicas *imorais* (isto é, contrárias à moral) e *amorais* (ou seja, indiferentes ao campo da moral, cujo conteúdo normativo nada possui de positivo ou negativo). Esquemáticamente, tal perspectiva teórica pode ser representada por dois círculos concêntricos, sendo o maior pertencente à moral.

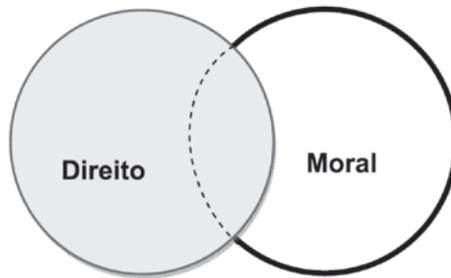


## 6.2. Teoria dos Círculos Secantes

Desenvolvida por CLAUDE DU PASQUIER, a teoria em epígrafe assevera que o Direito e a moral possuem uma área comum e, ao mesmo tempo, um espaço particular e independente (inerente a cada um). Segundo afirma VENOSA (2006, p. 187-188), a teoria ora examinada, ao abandonar a figura dos círculos concêntricos, concebendo o fenômeno do Direito e da moral como dois círculos secantes, isto é, “moral e Direito podem ter áreas comuns, mais ou menos amplas, mas não coincidem ou se identificam”, traduz-se, incontestavelmente, no arcabouço teórico que mais se aproxima da realidade, posto que “muitas normas jurídicas são também normas morais”; da mesma forma, conforme assinala VENOSA, há “normas jurídicas que vão além dos princípios morais e outras que se posicionam aquém”, cabendo recordar, neste aspecto, o tradicional brocardo: “nem tudo que é justo é honesto”.

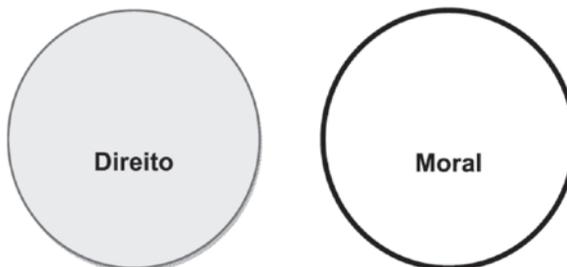
Trata-se, por conseguinte, da teoria mais adequada no que se refere ao esclarecimento da relação que permeia os aludidos campos, posto que,

indiscutivelmente, há regras do Direito que não possuem qualquer relação com a moral (e, da mesma forma, existem regras morais que nenhuma afinidade guardam com o Direito). Como exemplo, cite-se a norma (contida no Código de Trânsito Brasileiro – Lei nº 9.503/97) que impõe o tráfego de veículos pela direita. Refletindo a respeito das premissas estabelecidas pela teoria em questão, é de se questionar: qual seria o conteúdo moral de tal regra? A toda evidência, não se identifica, na referida regra de trânsito, qualquer aspecto de natureza moral, o que demonstra o acerto da Teoria dos Círculos Secantes, retratada conforme o esquema abaixo.



### 6.3. Teoria dos Círculos Independentes

HANS Kelsen (1881-1973), autor da *Teoria Pura do Direito*, diferentemente das concepções defendidas por JEREMY BENTHAM (Teoria dos Círculos Concêntricos) e por CLAUDE DU PASQUIER (Teoria dos Círculos Secantes), entendia que nenhum ponto de contato haveria entre o Direito e a moral, tratando-se, pois, de dois sistemas completamente independentes entre si (Teoria dos Círculos Independentes). Para o festejado jurista, a norma jurídica seria o único elemento essencial ao Direito, cuja validade não dependeria de conteúdos morais.



A Teoria dos Círculos Independentes, retratada através do gráfico anterior, reflete algumas conclusões firmadas por KELSEN na sua monumental obra, a *Teoria Pura do Direito*, cujas ideias principais, no que se refere ao tema vertente, foram assim sintetizadas por SGARBI:

*a) A teoria pura do direito consiste no projeto de KELSEN de levar o conhecimento jurídico ao patamar de conhecimento científico;*

*b) A teoria pura do direito é uma teoria ‘pura’ do direito e, não, do direito puro. KELSEN distingue o campo da política, cuja tarefa é valorar e produzir normas, do campo da ciência do direito, cujo propósito é o de elaborar um conhecimento que explique o fenômeno normativo, de modo controlado, tornando, assim, possível a predição de possíveis ocorrências normativas futuras;*

*c) Problemático, contudo, é que o objeto da ciência jurídica, como estrutura de dever, não se diferencia, em essência, das estruturas de dever da moral e da religião. Por conta disso, KELSEN estabelece três pontos de delimitação das normas jurídicas: elas são instrumentos de ‘motivação indireta’, respaldadas na ‘força monopolizada pelo Estado’, e pertencentes ao ‘mundo da cultura’, ao ‘mundo da vontade e contingência humanas’; [...]*

*i) Não cabe à teoria pura do direito dizer o que é o justo. A justiça ou a injustiça das normas cabe ser avaliada pelos destinatários, pelos juízes, e pelos atores partícipes das mobilizações políticas. Cumpre à teoria pura do direito apenas fornecer instrumental para a descrição das normas produzidas nas ordens jurídicas. A teoria pura ‘não prescreve’, ela não diz, ao homem, ‘como ele deve pautar o seu destino’; [...].” (SGARBI, 2007, p. 27-28)*

#### **6.4. Teoria do Mínimo Ético**

Coube a GEORG JELLINEK (1851-1911), jurista alemão do final do século XIX, e começo do século XX, o desenvolvimento da Teoria do Mínimo Ético, segundo a qual o Direito representa o mínimo de preceitos morais necessários ao bem-estar da sociedade. Como nem todos os membros da coletividade desejam cumprir espontaneamente as regras morais, surge a necessidade de se estabelecer elementos de coerção, capazes de assegurar um regramento ético mínimo, produzindo a essência da normatização jurídica. Neste sentido, a lição de REALE:

*“A teoria do ‘mínimo ético’ consiste em dizer que o Direito representa*

apenas o mínimo de Moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver. Como nem todos podem ou querem realizar de maneira espontânea as obrigações morais, é indispensável armar de força certos preceitos éticos, para que a sociedade não soçobre. A Moral, em regra, dizem os adeptos dessa doutrina, é cumprida de maneira espontânea, mas como as violações são inevitáveis, indispensável que se impeça, com mais vigor e rigor, a transgressão dos dispositivos que a comunidade considerar indispensável à paz social.

Assim sendo, o Direito não é algo diverso da Moral, mas é uma parte desta, armada de garantias específicas. A teoria do 'mínimo ético' pode ser reproduzida através da imagem de dois círculos concêntricos, sendo o círculo maior o da Moral, e o círculo menor o do Direito. Haveria, portanto, um campo de ação comum a ambos, sendo o Direito envolvido pela Moral. Poderíamos dizer, de acordo com essa imagem, que 'tudo o que é jurídico é moral, mas nem tudo o que é moral e jurídico'" (REALE, 2002, p. 42)

Nota-se, pois, que, à luz desta teoria, o Direito encontra-se totalmente incluído no campo da moral, concepção teórica que pode ser traduzida também pela mesma ideia de círculos concêntricos, sendo o maior correspondente à moral, e o menor inerente ao Direito. Depreende-se, ainda, que tal teoria acaba por concluir, equivocadamente, que todas as normas jurídicas são igualmente morais, sendo certo que, destas, apenas as mais relevantes são alçadas, pelo Estado, à condição de normas de Direito. A fim de demonstrar o equívoco ao qual a Teoria do Mínimo Ético conduz, cumpre reconhecer a existência de normas jurídicas *imorais* (isto é, contrárias à moral) e *amorais* (ou seja, indiferentes ao campo da moral, cujo conteúdo normativo nada possui de positivo ou negativo). Na mesma linha de raciocínio, REALE, criticando a conclusão a que chega JELLINEK, explica que "fora da Moral existe o 'imoral', mas existe também o que é apenas 'amoral', ou indiferente à Moral", asseverando, pois, que:

"Há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações – de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, – a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral." (REALE, 2002, p. 41-42)

NADER afirma que, através do emprego da expressão *mínimo ético*, pretende-se assinalar que o "Direito deve conter apenas o mínimo de conteúdo moral,

indispensável ao equilíbrio das forças sociais, em oposição ao pensamento do *máximo ético*:

“Se o Direito não tem por finalidade o aperfeiçoamento do homem, mas a segurança social, não deve ser uma cópia do amplo campo da Moral; não deve preocupar-se em trasladar para os códigos todo o continente ético. Diante da vastidão do território jurídico, não se pode dizer que o *mínimo ético* não seja expressivo. Basta que se consulte o Código Penal para certificar-se de que o mencionado bem-estar da coletividade exige uma complexidade normativa. A não adoção dessa teoria, assim interpretada, implicaria a acolhida do *máximo ético*, pelo qual o Direito deveria ampliar a sua missão, para reger, de uma forma direta e mais penetrante, a problemática social.” (NADER, 2017, p. 43-44)

Citado por VENOSA (2006, p. 187), PAULO HAMILTON SIQUEIRA JR. aduz que, *nos termos da teoria do mínimo ético, o Direito “representaria um mínimo moral declarado obrigatório para sobreviver como tal”, vale dizer, “seria o instrumento de força para o cumprimento de certos princípios éticos”, do que se infere que o Direito não se traduz em algo diverso da moral, mas, sim, uma parte desta, dotada de garantias específicas, uma vez que, segundo os defensores de tal concepção teórica, “nem todos os membros da sociedade estão dispostos a realizar de maneira espontânea as obrigações morais”.*

## 7. CONCLUSÃO

Malgrado a proeminência ostentada pelo Direito, forçoso reconhecer que a complexidade da vida em sociedade, geradora de incontáveis conflitos, não poderia mesmo lhe conferir a exclusividade do controle social. Tendo em vista as peculiaridades das diversas relações sociais cotidianamente estabelecidas pelos indivíduos, outros mecanismos assumem parte desta tarefa, posto que se apenas o Direito, com suas características próprias, entre as quais se destaca o *poder de coerção*, existisse com tal finalidade, as relações sociais restariam simplesmente travadas.

Conforme sintetizado por BETIOLI (2008, p. 8-9), o Direito não objetiva promover o aperfeiçoamento interior do homem; tal tarefa, afirma o citado autor, interessa ao campo da moral. Da mesma forma, “não pretende preparar o ser humano para uma vida supraterrena, ligada a Deus, finalidade buscada pela religião”. O campo de atuação do Direito, destarte, consiste em disciplinar tão

somente os fatos sociais considerados mais relevantes para o convívio social, regulamentando, assim, apenas as denominadas *relações de conflitos*, conforme explicado acima por NADER.

Desta feita, a regulamentação e a organização sociais podem e devem ser levadas a efeito por meio de outros instrumentos, tais como a religião e a moral, restando conclusiva a importância a eles conferida, os quais, juntamente com o Direito, mas cada um a seu modo, possuem o mesmo propósito: viabilizar e condicionar a vivência do homem na sociedade.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ASSIS, Maristela Patrícia de. A Religião, suas Funções e sua Plausibilidade na Pós-Modernidade, Ciberteologia, Revista de Teologia & Cultura, Ano VIII, nº 40, out./nov./dez. 2012.
- BETIOLI, Antonio Bento. Introdução ao Direito: Lições de Propedêutica Jurídica Tridimensional, 10ª ed., São Paulo, Saraiva, 2008.
- BITTAR, Eduardo C. B. e ALMEIDA, Guilherme A. de. Curso de Filosofia do Direito, 9ª ed., São Paulo, Atlas, 2011.
- DURKHEIM, Émile. As Regras do Método Sociológico, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1960.
- GIDDENS, Anthony. Sociologia, 4ª ed., Porto Alegre, Artmed, 2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo do Direito, 27ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- HORN, Norbert. Introdução à Ciência do Direito e à Filosofia Jurídica, tradução de Elisete Antoniuk, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 2005.
- LEGAZY LACAMBRA, LUIS. Filosofía del Derecho, 2ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1961.
- NADER, Paulo. Introdução ao Estudo do Direito, 39ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- PEDRO, Ana Paula. Ética, Moral, Axiologia e Valores: Confusões e Ambiguidades em Torno de um Conceito Comum, nº 130, v. 55, Kriterion, Belo Horizonte, dez./2014.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito, 26ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002.
- SGARBI, Adrian. Hans Kelsen, Ensaios Introdutórios (2001-2005), v. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SOARES, Ricardo M. F. Elementos de Teoria Geral do Direito, São Paulo, Saraiva, 2013.
- VENOSA, Sílvio. Introdução ao Estudo do Direito – Primeiras Linhas, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006.



---

# *AS CONTRIBUIÇÕES DA SEMÂNTICA E DA PRAGMÁTICA NOS MANUAIS DE INSTRUÇÕES DE PRODUTOS: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DO CONSUMIDOR E DA LINGUÍSTICA FORENSE*

---

*Tadeu Luciano Siqueira ANDRADE<sup>1</sup>*

**Resumo:** O Código de Defesa do Consumidor (CDC) apresenta uma política nacional nas relações consumeristas, buscando a efetivação dos direitos fundamentais e a informação de maneira clara e objetiva em atenção ao princípio da transparência e aos direitos básicos do consumidor. Essas informações devem ser dadas de maneira adequada e na forma suficiente para garantir ao consumidor a efetivação de seus direitos. Esse artigo visa à análise da linguagem nos Manuais de instruções de medicamento postos no mercado, haja vista as informações complexas constantes nestes manuais. Adotou-se uma pesquisa doutrinária e bibliográfica para uma melhor abordagem da temática, descrevendo do ponto de vista jurilinguístico questões semânticas e pragmáticas presentes nesses manuais e suas implicações na vida do consumidor e no mundo jurídico, considerando a interação Direito e linguagem.

**Palavras-chaves:** Comunicação. Informação. Linguagem. Transparência. Vulnerabilidade.

**Abstract:** The Consumer Protection Code (CDC) presents a national policy on consumer relations, seeking to enforce fundamental rights and provide information in a clear and objective manner, taking into account the principle of transparency and basic consumer

---

<sup>1</sup> Advogado e professor da Universidade do Estado da Bahia (UNEB- Campus IV), mestre e doutor em Linguística, bacharel em Direito e licenciado em Letras, com estágio pós-doutoral em Linguística na Universidade de Brasília.

rights. This information must be provided in an appropriate manner and in a form sufficient to guarantee the consumer the realization of their rights. This article aims to analyze the language in medication instruction manuals on the market, given the complex information contained in these manuals. A doctrinal and bibliographical research was adopted for a better approach to the topic, describing from a jurislinguistic point of view semantic and pragmatic issues present in these manuals and their implications in the consumer's life and in the legal world, considering the interaction of Law and language.

**Keywords:** Communication. Information. Language. Transparency. Vulnerability.

## INTRODUÇÃO

Com o avanço da tecnologia, surgiram novas políticas nas relações consumeristas. Diferentes formas de comunicação passaram a fazer parte da vida, sobretudo tratando-se do consumo de produtos e prestação de serviços disponíveis no mercado. Por isso, os doutrinadores, na elaboração do Código de Defesa do Consumidor (CDC), editaram normas de ordem pública, partindo do princípio da vulnerabilidade, reconheceram que as informações deveriam ser pautadas no binômio clareza/transparência a fim de garantir a equidade nas relações jurídico-consumeristas.

Informar, segundo Marques e Miragem (2014), é colocar em texto figuras ou mensagens orais ou escritas que possibilitem ao destinatário o entendimento do que está sendo informado. Nesse sentido, informações devem ser usadas em uma linguagem clara, precisa e de fácil compreensão. Se a informação for expressa em uma linguagem hermética, com palavras difíceis que não fazem parte dos usos linguísticos do destinatário da informação, não haverá comunicação.

No binômio informação/comunicação, destacamos o papel da Linguística Forense, que se preocupa com a descrição da linguagem da lei e a interação em contextos jurídicos. Nas análises, os juristas fundamentam-se nos pressupostos de áreas da Linguística Descritiva, por exemplo, a fonética/fonologia, lexicologia, semântica, pragmática e análise do crítica discurso. Por isso, este artigo tem como objetivo geral analisar os manuais de Instruções MIs (bulas), dialogando com três áreas: a semântica (sentido); a pragmática (uso da linguagem) e tecnicismo linguístico jurídico (Linguística). Para alcançar esse objetivo, delimitamos outros mais específicos: a) descrever a linguagem usada nos MIs; b) analisar os tipos de informação adotados

pela doutrina consumerista; c) Inserir os fundamentos da semântica, da pragmática e da Linguística para o Direito, fazendo, assim, análise jurilinguística.

Este artigo está dividido em quatro seções. Na primeira, apresentaremos o princípio da informação à luz do Direito do Consumidor e suas implicações nas relações jurídico-consumeristas. Na segunda, trataremos da Linguística Forense, seus pressupostos e sua aplicabilidade na análise dos manuais de instruções de produtos. Na terceira, descreveremos pontos importantes sobre a Semântica e a Pragmática e sua aplicabilidade nas relações de consumo. Na quarta, analisaremos, do ponto de vista jurilinguístico, dois Manuais de Instruções de produtos, representados pela sigla MIs. Em seguida, apresentaremos as considerações, integrando o Direito e a Linguística.

## 1 O PRINCÍPIO DA INFORMAÇÃO NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Nas relações de consumo, o princípio da informação deve estar presente em todas as circunstâncias, uma vez que os sujeitos de uma relação jurídica, nem sempre, dominam as informações constantes nos MIs que apresentam uma linguagem técnico-científica, dificultando o consumidor o uso de determinados produtos/serviço<sup>2</sup>. Por isso, o CDC considera a informação como um dos princípios norteadores das relações de consumo, sendo, portanto, a pedra de toque do direito do consumidor e do déficit informacional, defendem Marques *et al.* (2017). Esse déficit caracteriza a vulnerabilidade comunicativa do consumidor, pois, quanto maior for o grau de conhecimento dos sujeitos da relação jurídico-consumerista, menores serão as possibilidades de conflitos. Daí, a preocupação com a informação transparente acerca dos produtos/serviços.

A informação é também um direito básico do consumidor, conforme prevê o CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (Redação dada pela Lei nº 12.741, de 2012) Vigência (BRASIL, 2022).

---

<sup>2</sup> Usamos o binômio produto/serviço porque tanto a aquisição de um produto quanto a prestação de um serviço podem ser objeto de uma relação de consumo.

O direito à informação nas relações de consumo é um desdobramento do princípio constitucional. A Carta Magna, no Inciso XIV do Artigo 5º, assegura ao cidadão o direito de se informar e de ser informado.

### 1.1 O Desdobramento do Princípio da Informação na Doutrina Consumerista

Segundo Marques *et. al* (2017), o princípio da informação se desdobra em quatro categorias: a) **Informação-conteúdo**: consiste nas informações específicas do produto/serviço; b) **Informação-utilização**: refere-se ao manuseio do produto/serviço; c) **Informação-preço**: trata-se do preço do produto/serviço posto no mercado e as condições de pagamento; d) **informação-advertência**: apresenta o risco que o mau uso do produto/serviço pode ocasionar. Essa última não consiste apenas em frases como *“manter distante de crianças, fumar é prejudicial à saúde, mantenha longe do fogo”*, mas em expor de forma clara e precisa os danos que os produtos/serviços podem causar ao consumidor.

Essas informações não são estanques. Estão inter-relacionadas e possibilitam uma compreensão ampla do princípio e do direito à informação nas relações de consumo, pois o adquirente do produto/serviço tem o direito de saber em uma linguagem clara e precisa o produto/serviço que está adquirindo, como usar, quanto pagar e os riscos que o produto/serviço possa causar na vida do consumidor. Todos os consumidores, não importa sua condição social, política, econômica, têm direito à informação. Na relação jurídico-consumerista, sempre haverá um sujeito em estado de vulnerabilidade, que pode ser agravada, considerando faixa etária, grau de escolaridade, condição socioeconômica e outros aspectos biopsicossociais do consumidor.

### 1.2 O Princípio da Informação na legislação esparsa

Apesar da existência de diversas leis acerca do direito à informação, a vulnerabilidade informativa ainda é o maior fator do desequilíbrio da relação entre consumidores e fornecedores. Estes, mais do que *experts*, são os detentores da informação (MARQUES e MIRAGEM, 2014). Neste contexto, apresentamos algumas normas jurídicas que enfatizam o direito à informação e encontram guarida no texto constitucional e no CDC. Essas normas são corolários do princípio da informação no contexto consumerista ou jurídico.

Em 1990, o inciso V do art. 7º da Lei Orgânica da Saúde (LOS), Lei Nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990 fez referência ao direito à informação, às pessoas assistidas e sua saúde conforme previsto nos termos da lei.

O Decreto nº 4.680/2003 regulamenta o direito à informação em relação aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Determina que, nos produtos embalados e vendidos a granel ou *in natura*, no rótulo da embalagem ou no recipiente, deverão destacar as informações, dependendo do caso a expressão “contém transgênicos”. Essa informação também deverá constar no documento fiscal e acompanhar o produto em todas as etapas da cadeia produtiva.

A Lei 10.674/2003, chamada de Lei do Glúten, determinou que os alimentos industrializados devam trazer, em seu rótulo e bula, dependendo do caso, a informação “não contém glúten” ou “contém glúten”. É apenas uma informação-conteúdo, pois não adverte aos consumidores o uso desses alimentos.

A Lei nº 10.962/2004 dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor e determina que, no comércio, deve ser divulgado o preço em caracteres legíveis.

Em 2005, a Lei nº 13.324, de 20 de janeiro de 2005, promulgada no estado de Santa Catarina, prevê que seja afixada uma cartilha com os direitos dos pacientes nas recepções de hospitais públicos e privados, garantindo aos pacientes direito à informação.

O estado do Rio de Janeiro, mediante a Lei nº 4311, de 29 de abril de 2004, determinou aos estabelecimentos comerciais situados no estado do Rio de Janeiro a exibição do CDC em local acessível aos consumidores.

O Decreto nº 5.903/2006, regulamentando a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004 e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, dispõe sobre as práticas infracionais que atentam contra o direito de o consumidor de obter informação adequada e clara sobre produtos/serviços.

Em 2009, o Ministério da Saúde e a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), editaram a Resolução-RDC Nº 71, de 22 de dezembro de 2009, referindo-se a diversas leis, dispondo sobre do direito à informação. Tratando-

se de medicamentos, prevê o Art. 2º: “Este Regulamento possui o objetivo de aprimorar a forma e o conteúdo dos rótulos de todos os medicamentos registrados e comercializados no Brasil, visando garantir o acesso à informação segura e adequada em prol do uso racional de medicamentos.” (ANVISA, 2009). Analisando a Resolução, evidenciamos o direito à informação, mas não encontramos referência ao princípio da transparência no que alude ao uso de uma linguagem acessível ao consumidor dos medicamentos.

A Lei nº 12.291/2010 determinou a obrigatoriedade da manutenção de exemplar do CDC nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços.

O Decreto nº 7.963/2013 instituiu o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e criou a Câmara Nacional das Relações de Consumo, a fim de promover a transparência e harmonia nas relações de consumo, segundo preceitua o Artigo V.

Geralmente, as informações constantes nos dispositivos citados são apenas informações-conteúdos. Faltando-lhes a informação-advertência. É necessária uma integração das leis especiais com o CDC (Lei geral), uma vez que o Artigo 31 do CDC determina que o fornecedor deve informar acerca dos riscos que os produtos/serviços apresentam à saúde e à segurança dos consumidores. Dessa forma, teríamos uma informação-advertência.

Martins, no julgamento do REsp 1.364.915, argumentou que:

Mais do que obrigação decorrente de lei, o dever de informar é uma forma de cooperação, uma necessidade social. Na atividade de fomento ao consumo e na cadeia fornecedora, o dever de informar tornou-se autêntico ônus proativo incumbido aos fornecedores (parceiros comerciais, ou não, do consumidor), pondo fim à antiga e injusta obrigação que o consumidor tinha de se acautelar (*caveat emptor*)<sup>3</sup>.

A informação deve ser clara, precisa, válida e completa. Não basta apenas transmitir a informação. É imprescindível saber transmiti-la, considerando o destinatário da informação, sua situação socioeconômica e cultural, porque, mesmo a informação sendo completa, se não levar em conta a competência linguístico-discursiva do consumidor, parte do sujeito vulnerável na relação de consumo, dificultará o entendimento da informação e conseqüentemente o acesso à justiça.

---

<sup>3</sup> *Caveat emptor* é uma expressão latina e significa, toma cuidado, comprador. Nas relações de consumo corresponde semanticamente ao risco é do comprador

## 2. A LINGUÍSTICA FORENSE OU LINGUÍSTICA JURÍDICA

A expressão linguística jurídica foi empregada em 1914 pela primeira vez por Francis Gèny na Obra *Science et technique en droit privé positif*. Passando por diversas fases e autores adquiriu status de uma disciplina utilizada no campo do Direito para analisar questões referentes à linguagem. Com Capella (1968), a linguística jurídica procede a um trabalho baseado na lógica, considerando as formas das proposições normativas nos níveis sintático, semântico e pragmático. Segundo Capella (1968), a linguagem jurídica apresenta as seguintes características: **a normativista** presente no texto legal ou proposições normativas, **a não normativa ou metalinguística** corresponde a definições de expressões, **a dos juristas** consiste nos conceitos elaborados pelos profissionais do Direito (MACEDO, 1986). Hoje definimos a Linguística Forense como a análise das interações em contextos forenses, considerando a linguagem como evidência, conforme define Coulthard (2016).

Dois movimentos linguísticos surgiram para possibilitar uma melhor interação nos contextos forenses: i) *Plain English Moviment* que visa à simplificação da linguagem da Lei, sobretudo quando o advogado necessita interagir com cidadãos comuns; ii) *Pattern Jury Instructions* que permite aos juízes elaborarem no júri instruções de padrões para um caso específico. Os juízes leem para os jurados alguns casos específicos da lei para facilitar-lhes o entendimento. Alguns criminosos foram condenados à morte porque os jurados não entendiam as instruções que lhes eram dadas (COULTHARD, 2016).

No Brasil em 2005, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) propôs a Campanha pela Simplificação do Juridiquês. Destacamos o Projeto de Lei 7448 /06, de autoria da deputada Maria do Rosário, justificando que:

A tradução para o vernáculo comum do texto técnico da sentença judicial impõe-se como imperativo democrático, especialmente nos processos que, por sua natureza, versem interesses peculiares às camadas mais humildes da sociedade, como as ações previdenciárias e relacionadas ao direito do consumidor. (BRASIL, 7448/06).

Apesar desses movimentos, o cidadão comum ainda se encontra em desvantagem linguística perante a Lei, e a linguagem, nos contextos forenses, é um dos obstáculos que o jurisdicionado enfrenta quando recorre ao Poder Judiciário.

## 2.1 A Linguística Forense e as relações de consumo

A Linguística Forense destaca-se nas relações de consumo em diferentes aspectos, por exemplo, a análise de questões semântico-lexicais e pragmáticas do discurso jurídico, a interação nos contextos forenses e outros. Andrade (2021), analisando as interações nos contextos forenses, sobretudo nas audiências, constatou que o consumidor não só enfrenta o problema das informações técnico-científicas do produto/serviço, mas também os obstáculos linguísticos, pois a linguagem jurídica tem suas peculiaridades sintáticas, semânticas e pragmáticas que dificultam ao cidadão comum o acesso à justiça. Conforme dizia o jurista Celsus na Roma antiga, “conhecer a lei não é somente atentar para as suas palavras, mas principalmente para o seu sentido” (CALDAS, 1984, 10). Nas audiências, as relações são assimétricas porque um dos sujeitos domina a linguagem técnica e específica do mundo jurídico.

Coulthard e Hagemeyer (2013), analisando a comunicação linguística acerca dos riscos em textos de advertências de produtos/serviços, perceberam uma mudança de papéis na relação fornecedor/consumidor, porque a responsabilidade de prevenção de riscos é transferida para o consumidor. A linguagem usada nas advertências e nos manuais de uso de produtos é permeada de vagueza semântica, com estruturas linguísticas complexas no que se referem ao sentido. Observando o manual de *Airfryer Philips*, encontramos a advertência: “Perigo: nunca emergja o aparelho em água, nem o enxague na torneira, pois ele contém componentes elétricos e elementos de aquecimento.”

A algumas conclusões, chegamos a partir dessa informação:

- a) Não se trata de uma advertência, pois o leitor não faz qualquer inferência, como defende Dumas (1992);
- b) ponto de vista da apreensão de sentido, essa informação, embora seja iniciada com o substantivo *perigo*, não elenca os riscos que o mau uso do produto possibilita à saúde do consumidor. Trata-se apenas de uma informação-conteúdo;
- c) O aviso, apesar de uma linguagem simples, não apresenta nenhuma informação direta ou indireta, seja em relação ao risco ou como evitá-lo.

Os MIs de uso de produto devem trazer uma linguagem clara, simples e precisa de modo que facilite a compreensão do usuário do produto.

Coulthard (2016) atuou, no Canadá, em um caso em que fora necessária a análise do texto do MI do uso de uma churrasqueira a gás. **Síntese do fato:** o consumidor comprou uma churrasqueira, instalou-a no interior de sua residência. A churrasqueira explodiu, causando ao filho do consumidor queimaduras de 3º grau. O pai, haja vista o dano, ajuizou uma ação de indenização contra a empresa fabricante, que negou qualquer responsabilidade acerca do dano, pois o MI prescrevia instalação e uso da churrasqueira em áreas externas. A Empresa alegou que o *grill* fora projetado para uso externo e transcreveu a frase explícita no manual: APARELHO DE COZINHAR EXCLUSIVAMENTE PARA USO EXTERNO, destacam Coulthard e Hagemeyer (2013).

Na análise do MI, Coulthard e Hagemeyer (2013) constataram que o texto referente ao uso do produto possibilitava a instalação do equipamento em áreas internas, conforme fizera o consumidor, mas ao mesmo tempo em que proibia a instalação do *grill* em áreas internas, apresentara uma recomendação condicionada iniciada pelo operador argumentativo condicional **se**, pois, atendendo tal condição, a churrasqueira poderia ser instalada em áreas internas. Vejamos:

Rótulo 4 (...)

APARELHO DE COZINHAR EXCLUSIVAMENTE PARA USO EXTERNO A ser utilizado apenas em espaços exteriores. SE INSTALADO DENTRO DE CASA. RETIRE O CILINDRO E DEIXE-O FORA DE CASA. (COULTHARD; HAGEMEYER. 2013 p. 45-46).

Analisando o MI do *Liquidificador Mondial Turbo Power* e comparando-o com a advertência da churrasqueira, constatamos semelhanças com as instruções de uso da churrasqueira. Esse fato nos chamou atenção devido ao ato de serem dois produtos fabricados em países distintos. A churrasqueira fabricada no Canadá e o liquidificador, no Brasil,

ADVERTÊNCIA: Este aparelho não deve ser usado por pessoas (inclusive crianças) com capacidades físicas, sensoriais ou mentais reduzidas, ou por usuários com falta de experiência e conhecimento, a menos que tenham recebido instruções referentes à utilização do aparelho ou estejam sob a supervisão de um responsável.

O MI elenca as pessoas que não devem manusear o aparelho. Em seguida, apresenta uma condição que permitiu que tais pessoas usem o liquidificador. A linguagem empregada não é corriqueira, nem acessível ao conhecimento dos usuários. O Ministro Humberto Martins, no julgamento do REsp 1.364.915, alegou que:

No direito do consumidor, não é válida a meia informação ou a informação incompleta. Também não é suficiente oferecer a informação, pois é preciso saber transmiti-la, já que mesmo a informação completa e verdadeira pode vir a apresentar deficiência na forma como é exteriorizada ou recebida pelo consumidor.

Por se tratar de produtos de uso contínuo, a seleção lexical e as estruturas sintáticas deveriam cumprir a sua função semântica (sentido) e a pragmática (uso) para garantir ao consumidor o direito à informação.

### **3. A SEMÂNTICA E A PRAGMÁTICA NAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

A semântica é o estudo do sentido que as palavras ou as orações apresentam no discurso, considerando o significado dos signos linguísticos e sua relação com o mundo e com os objetos que designam. Falamos em uma semântica plural, pois abrange vários objetos de estudos, diferentes perspectivas. Há a semântica formal, discursiva, lexical, argumentativa e outras. Como as palavras têm um sentido, e esse sentido sofre mudanças, Breal definiu a semântica como a ciência das significações. Darmesteter (*apud* TAMBA, 2006) considerou-a como a ciência das mudanças de significação nas palavras.

O sentido é importante na linguagem humana porque só damos importância ao que faz parte de nossa vida. Por isso, nomeamos os seres, sentimentos, objetos, lugares e, plantas de nosso entorno. Ao mesmo tempo em que nomeamos, atribuímos um sentido às palavras e coisas. Daí, o papel da semântica na vida e nas relações intersubjetivas. Uma palavra pode apresentar vários sentidos conforme o contexto, objetivos comunicativos, interlocutores, assunto e a relação com as outras palavras no discurso.

No contexto forense, por exemplo, quando o juiz determina a citação do réu, usando apenas o verbo *fazer* no imperativo *CITE-SE*, atribui três sentidos a essa forma verbal: i) a existência de um processo contra um suposto acusado; ii) a possibilidade de esse acusado exercer seu direito de defesa e contraditório e iii) sendo a citação válida, marca o início de uma relação jurídico-processual. Todos esses sentidos partem de um mesmo signo linguístico, mas com funções semânticas diferentes.

As palavras assumem matizes semânticos. O sentido atribuído pelo dicionário

(sentido denotativo) nem sempre corresponde ao sentido que a palavra apresenta no discurso jurídico. Se um advogado, ao dizer para o seu cliente, um cidadão comum, que o processo está concluso, não haverá uma compreensão, uma vez que esse termo não faz parte do vocabulário e da realidade linguística de quem não está inserido no mundo jurídico.

Tratando-se dos MIs de medicamentos, notamos um obstáculo entre o entendimento da linguagem do usuário do medicamento com a linguagem técnico-científica. No MI de cloridrato de *tropinal*, encontramos na as seguintes informações: *metilaminoantipirina*, *aminoantipirina* e *acetil-aminoantipirina*. Atua também como inibidor seletivo das *prostaglandinas*. *Hiosciamina*: É um derivado *alcaloide* da *beladona*, *Butilbrometo* de *escopolamina*: A escopolamina (ou hioscina) é um alcaloide encontrado em plantas da família das solanáceas. *Metilbrometo* de *homatropina*: É um derivado *amônia quaternária* da *homatropina*.

As palavras destacadas não apresentam seus sentidos na linguagem coloquial. No item 4, o MI traz um rol de advertência e precauções, recomendando ao usuário do medicamento conversar com o médico, caso o paciente seja viciado em outros analgésicos e, entre parênteses, cita *opioides*.

Tal informação implica uma confusão de sentidos. No item 02, há uma informação-conteúdo com termos técnico-científicos. No item 04, existem termos com algumas explicações que deveriam estar no item 02, momento primeiro em que o usuário teve contato com tais termos. Embora essas palavras pertençam ao léxico do português, para o usuário, são estrangeiras, pois ele não as conhece, tampouco as usa no cotidiano. Aplicando o princípio da transparência na informação, percebemos uma contradição, não há clareza nas informações.

Falar em sentido implica falar em pragmática, pois o sentido de uma palavra está vinculado ao uso no contexto. É necessário fazer algumas incursões na pragmática para compreender sua aplicabilidade no discurso jurídico. Nessas incursões, questionamos o que é pragmática e qual a sua relação com o Direito?

Marcondes (2000) afirma que a pragmática é o estudo da linguagem em uso, é o estudo das relações que falantes estabelecem com os signos. Em uma visão ampla, a pragmática engloba todos os estudos da linguagem relacionados a seu uso na comunicação, afirma Marcondes (2000). A linguagem é usada em todos os contextos sociais, envolve sujeitos com papéis sociais distintos.

Destacamos o contexto forense em que tudo é dito pela linguagem. Para Robles (2010), o direito é resultado de diversas decisões dos homens que só podem ser expressas mediante as palavras. Se suprimir as palavras, o direito é suprimido automaticamente.

No Direito, a linguagem estabelece relações entre pessoas e grupos sociais, faz emergir e desaparecer entidades, concede e usurpa a liberdade, absolve e condena réus. Um compromisso, antes inexistente, pelo uso da linguagem, origina-se no Direito; um novo órgão estatal surge pela utilização da palavra certa, pela pessoa certa; um procedimento legal é instituído no novo código processual em gestação, poderes são conferidos etc. (COLARES, 2010, p. 10).

Tudo no Direito é realizado pela linguagem em uso, mesmo que seja por uma comunidade específica. O sentido de uma palavra não é construído isoladamente, é contextual. Quando o juiz, prolatando uma sentença, diz: "*condeno o réu às seguintes penas*", não está concluindo o processo apenas, mas decidindo o mérito, exercendo a jurisdição. Nesse contexto, a linguagem não informa, realiza um ato jurídico mediante um ato performativo que não descreve, não relata, nem constata nada, está realizando uma ação. Por isso, chama-se performativo (do inglês *to perform*: realizar). No momento, em que o ato foi proferido, realiza-se uma ação. Destacamos, nessa circunstância, a teoria dos Atos de Fala, de Austin, consistindo em ações que agem sobre o mundo. A linguagem é ação, não descrição, define Austin, (1976).

Considerando as funções que a linguagem exerce no Direito e os diferentes discursos proferidos no contexto forense, percebemos a relação direta entre o Direito e a pragmática.

Referindo-se à semântica e à pragmática nas relações de consumo, evidenciamos o princípio da cooperação de Grice (1982), baseado na máxima "Faça sua contribuição conversacional tal como é requerida, no momento em que ocorre, pelo propósito ou direção do intercâmbio conversacional em que você está engajado" (GRICE, 1982, p. 86). Essa máxima consiste na participação de todos para que a interação seja sucedida. O princípio da cooperação se desdobra em quatro máximas. i) **máxima da quantidade**: as informações devem ser na medida certa para o objetivo da conversação; ii) **da máxima da qualidade**: a contribuição deve ser verdadeira. O falante não deve dizer mais do pretendido, o que é dito deve ter relevância para a informação; iii) **máxima da relação**: a

informação deve ser relevante para a interação; **iv) máxima do modo:** trata da clareza nas informações, evitando prolixidade, obscuridade de expressão. Nas relações de consumo, essas máximas possibilitam uma interação eficiente, em obediência ao princípio da informação e também contribuem para o princípio da cooperação processual.

#### 4. ANÁLISE JURISLINGUÍSTICA DOS MANUAIS DE INSTRUÇÕES DE MEDICAMENTOS

Os MIs são textos de caráter informativo, descritivo, injuntivo e constituem uma unidade comunicativa, formada por um conjunto de orações articuladas (sintaxe), uma unidade de sentido (semântica) uma atividade em uso (pragmática).

Segundo Marques e Miragem (2014), nas relações de consumo, informar é mais do que cumprir um dever anexo e imprescindível à vida do consumidor, pois cooperar é ter cuidado com o parceiro contratual, evitando os danos morais e agindo com lealdade, uma vez que o fornecedor é o detentor da informação. Apresentamos uma análise jurislínguística de dois MIs. A escolha foi aleatória.

##### MI nº 01.

**Produto:** Losartana potássica, Medicamento Genérico, Lei nº. 9.787, de 1999. No topo do manual, há a descrição e a composição do produto.

**Estrutura:** o manual é composto por 09 itens divididos em subitens, contendo informações ao paciente.

**Características:** parágrafos longos, complexas, letras em fonte pequena.

##### Aspectos Semânticos

O MI possui uma linguagem técnico-científica expressa por termos desconhecidos pelo homem médio, por exemplo, *microcristalina*, *dióxido de titânio*, *hipertrofia ventricular esquerda*, *croscarmelose sódica*, *proteinúria*. Há **perguntas-respostas** sobre informações ao paciente com pressão *alta*. Em alguns trechos, a linguagem é mais informal. Existem termos técnicos que apresentam o sentido e o nome no vocabulário popular: o que é pressão alta (ou *hipertensão*), derrame (*acidente vascular cerebral*), *proteinúria* (perda de proteína na urina por

comprometimento dos rins), *glicose* (açúcar). Apesar de haver uma aproximação da linguagem científica com a popular, ainda predomina uma linguagem de difícil compreensão.

### **Aspectos Pragmáticos**

O paciente, ao ler um manual, procura apreender o que está escrito, pois o medicamento, geralmente, faz parte do seu cotidiano. A interação não ocorre apenas quando um escreve, e o outro entende, mas, quando os interlocutores compartilham conhecimento, experiências, um influenciando o outro reciprocamente. Trata-se do princípio da cooperação desdobrado nas máximas de Grice (1982). Considerando o MI, verificamos um excesso de informações distantes da vida diária do paciente. Isso caracteriza uma violação das máximas. Aplicando-as à situação, concluímos:

**a) Máxima da qualidade:** o texto é rico de informações, porém complexas e de alto grau de normatividade que dificulta a interação paciente/MI. No item destinado aos males que o medicamento pode trazer, são elencados 49, excetuando as outras informações.

**b) Máxima da quantidade:** acreditamos que todas as informações prestadas no MI são verdadeiras e relacionadas com o medicamento.

**c) Máxima da relação:** todas as informações prestadas pelo MI são pertinentes e indispensáveis ao paciente.

**d) Máxima do modo:** as informações apresentam relação de pertinência e são verdadeiras, mas o modo por que foram transmitidas violou o princípio da transparência. Há um alto grau de informação e termos desconhecidos pelo paciente.

### **Aspectos Jurídicos**

Aplicando a doutrina consumerista, fundamentando-nos em Marques *et al* (2017), classificamos as informações constantes no MI em: **informação-conteúdo:** apresenta as características do produto; **informação-utilização:** informa como o produto deve ser utilizado (item 06); **informação-advertência:** apresenta um rol extenso de males que o medicamento pode causar ao paciente (item 08).

Tratando-se dos aspectos linguísticos, constatamos que a obrigação de

informar de forma transparente com vistas à proteção ao sujeito vulnerável na relação não foi contemplada. Nesse aspecto, argumenta Nery Junior:

Deve-se evitar, tanto quanto possível, a utilização de termos linguísticos muito elevados, expressões técnicas não usuais e palavras em outros idiomas. Os termos técnicos de conhecimento do homem médio leigo, as palavras estrangeiras que já estejam no domínio popular do homem mediano podem, em tese, ser empregadas [...]. (NERY JÚNIOR, 2007 p. 554-555).

Portanto, devemos reconhecer os direitos linguísticos como direitos fundamentais a fim de garantir ao consumidor a informação em uma linguagem clara e compatível com a realidade socioeconômica e cultural de um sujeito vulnerável.

### MI Nº 02

Produto: *cloridrato de tramadol* (Medicamento genérico Lei nº 9.787, de 1999, Port. 344/98, L-A2), Laboratório Teuto Brasileiro S/A.

#### Aspectos Semânticos

Uso da linguagem técnico-científica com termos não presentes no vocabulário do usuário, por exemplo, *abstinência de narcóticos, hipnóticos, psicotrópicos*.

#### Aspectos Pragmáticos

O MI apresenta informações, com estruturas sintáticas e termos complexos, inacessíveis ao paciente. Referindo-se aos males que o medicamento pode causar ao usuário, o MI elenca reações em uma gradação, usando as expressões: *Rara, muito comum e comum*. Alguns termos técnicos trazem uma “tradução”: dilatação da pupila (*midríase*) constricção da pupila (*miiose*) encurtamento da respiração (*dispneia*) e outros. As máximas (quantidade, relação, qualidade e modo) não foram contempladas de modo que garantissem uma informação transparente de como usar o medicamento e seus riscos.

#### Aspectos Jurídicos

Comparando o MI nº 02 com o nº 01, evidenciamos as mesmas informações referentes: ao conteúdo (**informação-conteúdo**), ao uso do medicamento (**informação-utilização**), aos males que o produto pode causar ao paciente (**informação-advertência**). Em algumas dessas informações, há ambiguidade e incompletude. Deve haver a informação, porém de forma efetiva, clara e precisa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O autor dos MIs deve ter em mente um interlocutor imaginário a quem se destina o medicamento. Esse interlocutor geralmente apresenta certo desconhecimento no que se refere à composição, uso e aos efeitos colaterais do medicamento. As informações estão presentes, mas não conforme o princípio da transparência/clareza.

Certamente, um cidadão comum não terá habilidades linguísticas para processar informações complexas como as encontradas nos MIs. O significado é construído pelos interlocutores na interação. Não existe um significado pré-fixado no vocabulário de uma língua. O hermetismo da linguagem técnica se baseia em um isolamento que não apresenta ao cidadão comum o sentido atribuído à determinada palavra. Além do CDC, existem no Brasil diversas leis de proteção ao consumidor. No entanto, falta o acesso do consumidor a essas leis e, sobretudo a informação em linguagem clara e precisa acerca dessas legislações e dos direitos que o consumidor possui garantidos no CDC e na legislação esparsa. Todos em consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Analisar um MI, fundamentado nos pressupostos da Linguística forense, exige a interação de duas áreas da Linguística descritiva: Da semântica, para depreender o significado dos termos inserido nas circunstâncias discursivas, tendo em vista a competência linguística dos interlocutores. Da pragmática, para compreender o sentido das palavras no contexto da interação. Por essa razão, essas duas áreas são inseparáveis, em qualquer relação jurídica e social.

Diante do exposto, a linguística forense nos possibilitou:

Uma visão integrada do Direito e Linguagem em que é preciso desmitificar a preponderância da língua legalizada, propiciando ao cidadão comum informações mais transparentes;

A língua legalizada cria um obstáculo entre o acesso à justiça e o cidadão;

Analisar criticamente os dispositivos legais que versam sobre as informações nas relações jurídico-consumeristas;

Reconhecer o direito à igualdade linguística, como um direito fundamental, sobretudo tratando-se de relações em que está em jogo a vida do consumidor;

Despertar no redator dos MIs o emprego de uma linguagem acessível ao cidadão comum, considerando sua competência linguística.

A temática aqui abordada, ainda que incipiente, contribuirá para um olhar crítico acerca das informações constantes nos MIs, fundamentado nos princípios da boa-fé e transparência defendidos pelas políticas de relação de consumo, possibilitando ao jurista uma interpretação crítico-reflexiva acerca da vulnerabilidade do consumidor e a dissociabilidade Direito e linguagem.

## REFERÊNCIAS

### Legislação consultada

BRASIL, Lei nº. 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso: 19 jan.2024.

BRASIL. Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis). Acesso: 22 jan. 2024.

BRASIL. Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/decreto>. Acesso 20 jan.2024.

BRASIL. Decreto nº 4.680, de 24 de abril de 2003. Regulamenta o direito à informação, assegurado pela Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990, quanto aos alimentos e ingredientes alimentares destinados ao consumo humano ou animal que contenham ou sejam produzidos a partir de organismos geneticamente modificados, sem prejuízo do cumprimento das demais normas aplicáveis. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto). Acesso 20 jan.2024.

BRASIL. Lei nº 10.674, de 16 de maio de 2003. Obriga a que os produtos alimentícios comercializados informem sobre a presença de glúten, como medida preventiva e de controle da doença celíaca. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis). Acesso 18 jan.2024.

BRASIL. Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004. Dispõe sobre a oferta e as formas de afixação de preços de produtos e serviços para o consumidor. Disponível em [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis). Acesso: 19 jan.2024.

BRASIL. Decreto nº 5903/2006. Regulamenta a Lei nº 10.962, de 11 de outubro de 2004,

e a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil-03>. Acesso 04 jan.2024.

BRASIL. Lei nº 12.291 de 20/07/2010 Torna obrigatória a manutenção de exemplar do Código de Defesa do Consumidor nos estabelecimentos comerciais e de prestação de serviços. disponível em <http://www.planalto.gov.br> . Acesso: 27 dez.2023.

BRASIL. Decreto nº 7963/2003. Institui o Plano Nacional de Consumo e Cidadania e cria a Câmara Nacional das Relações de Consumo. <https://www.planalto.gov.br> . Acesso: 10 de jan.2024.

## **Jurisprudência**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.364.915-MG (2013/0021637- 0). Recorrente: Refrigerantes Minas Gerais Ltda. Recorrido: Estado de Minas Gerais. Segunda Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 24 de maio de 2013. Disponível em: <https://w2stj.jus.br/processo/pesquisa.com.br/html> . Acesso em: 07 jan. 2024

## **Legislação estadual**

RIO DE JANEIRO: Lei nº 4311, de 29 de abril de 2004. Obriga os estabelecimentos comerciais situados no estado do Rio de Janeiro a possuírem em local acessível e visível aos consumidores o código de defesa do consumidor. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/html> . Acesso: 20 dez.2023.

SANTA CATARINA. Lei nº 3.324, de 20 de janeiro de 2005. Dispõe sobre a Cartilha dos Direitos do Paciente e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em <http://leis.alesc.sc.gov.br/html> . Acesso: 20 jan.2024.

## **Tese consultada**

ANDRADE, Tadeu Luciano Siqueira. A vulnerabilidade comunicativa em audiências nas varas de relações de consumo: uma análise à luz da Ecolinguística. 2021. 194p. Tese Doutorado em Linguística. Programa de Pós-graduação em Linguística e Letras Clássicas - Universidade de Brasília. Brasília, 2021.

## **Doutrina**

AUSTIN, John. L. How to do things with words. 2. ed. Oxford: Oxford University Press, 1976.

CALDAS, Gilberto. Novo dicionário de latim forense: como traduzir e empregar o latim forense: brocardos, expressões e palavras. São Paulo: Ed. Universitária de Direito, 1984.

CAPELLA, Juan Ramón. El derecho como lenguaje: un análisis lógico. Barcelona: Ariel, 1968.

COLARES, Virgínia. Por que a Linguagem interessa ao Direito? In: Linguagem e direito. Virgínia Colares (Org). Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2010. p. 09-20.

COULTHARD, Malcolm; HAGEMEYER, Caroline. Perigo, cuidado, atenção: a comunicação

- linguística de risco em advertências de produtos. *Cadernos De Linguagem e Sociedade*, 14(2), 28–53. <https://doi.org/10.26512/les.v14i2.9198> (2013) 28-53.
- DUMAS, Bethany K. An Analysis of the Adequacy of Federally Mandated Cigarette Package Warnings. In: LEVI, J. N. & WALKER, A. G. (Eds.). *Language in the Judicial Process*. Ny: Plenum Press Corp., p. 309–352, 1992.
- GRICE, H.P. *Lógica e Conversação*. In: DASCAL, Marcelo. (Org.). *Fundamentos metodológicos da linguística*. Vol. V. Tradução de João Wanderley Geraldi. Campinas: edição do autor, 1982. p. 81-103.
- MACEDO, Silvio de. *Das Dimensões da Ciência Jurídica Atual*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- MARCONDES, Danilo. Desfazendo mitos sobre a pragmática. *Revista. Alceu - v.1 - n.1 - pg 38 a 46 - jul/dez 2000*. Disponível em <http://revistaalceu-acervo.com.puc-rio.br> >. Acesso: 10 dez.2023.
- MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2012.
- NERY JÚNIOR, Nelson; et. al. *Código de Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 554-555.
- NERY JÚNIOR, Nelson; et. al. *Código de Brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 9.ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007. p. 554-555.
- ROBLES, Gregório. *O direito como texto: bases para uma teoria comunicacional do direito*. Tradução de Roberto Barbosa Alves. Barueri, SP: Manole, 2009.
- TAMBA-MECZ, Iréne. *A semântica*. Trad. De Marcos Marcionilo. São Paulo: Parábola, 2006.

### **Manual de instruções: Bulas consultadas**

- CLORIDRATO DE TRAMADOL. [bula]. Anápolis. Laboratório Teuto Brasileiro S.A.24.10.2019
- TROPINAL: [bula]. Hortolândia/SP. EMIS Sigma Pharma Ltda. 31/08/2016.





<https://emarf.trf2.jus.br/site/index.php>



Av. Rio Branco, 243 - Anexo I - 14º andar ♦ Centro ♦ Rio de Janeiro ♦ RJ  
☎ (0xx21) 3218-8648 ♦ 3218-8646 ♦ 3218-8645  
<http://emarf.trf2.jus.br/site/>



JUSTIÇA FEDERAL  
Tribunal Regional Federal da 2ª Região