

## RESIDÊNCIA HABITUAL E LEI APLICÁVEL À SUCESSÃO *CAUSA MORTIS* INTERNACIONAL\*

### *HABITUAL RESIDENCE AND APPLICABLE LAW TO INTERNATIONAL CAUSA MORTIS SUCCESSION*

Alfonso-Luis Calvo Caravaca\*\*

**RESUMO:** O objetivo deste artigo é analisar o conteúdo do Regulamento (UE) 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho em relação à determinação da lei aplicável. A norma traz em seu texto um critério objetivo para determinar a lei aplicável aos casos concretos: a residência habitual do falecido ao tempo do óbito. Este fator de conexão é analisado, bem como a cláusula de exceção a sua aplicação. Os conceitos de residência habitual e da cláusula de exceção, as vantagens e os inconvenientes da aplicação do Regulamento (UE) 650/2012 e alguns casos concretos relativos a sucessões internacionais são apresentados.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei aplicável. Direito Europeu. Direito Internacional Privado Europeu. Residência Habitual. Jurisdição Internacional. Sucessões.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Determinação da Lei Aplicável: o Critério Objetivo. 1.1 A Residência Habitual do Falecido ao Tempo do Óbito. 1.1.1 Conceito de “Residência Habitual”. 1.1.2 Grupos de Casos. 1.1.3 Vantagens e Inconvenientes da nova Regulamentação. 1.2 A Cláusula de Exceção. 1.2.1 Conceito e Crítica. 1.2.2 Pressupostos e Consequências Jurídicas. Referências.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to analyse the content of the European Union Succession Regulation (EU) 650/2012 concerning the determination of the applicable law. The Regulation contains objective standards to determine the applicable law in concrete cases: the habitual residence of a person at the time of its death. This connecting factor is analysed, as well as the exception clause and its application. The concepts of habitual residence and the exception clause, the advantages and the inconveniences of the application of the Regulation (EU) 650/2012 and some concrete cases related to cross borders successions were examined.

**KEYWORDS:** Applicable Law. European Law. European Private International Law. Habitual Residence. International Jurisdiction. Succession.

4

## INTRODUÇÃO

O Regulamento (UE) nº 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das resoluções, à aceitação e à execução dos documentos públicos em matéria de sucessões *causa mortis* e à criação de um certificado sucessório europeu (doravante RES) contém não apenas disposições sobre competência judicial internacional (art. 4 a 19) e reconhecimento de decisões (art. 39 a 58) – para resolver os denominados *conflitos de jurisdições* –, mas também normas sobre o Direito aplicável às sucessões *causa mortis* internacionais (art. 20 a 38) – para resolver os denominados *conflitos de leis*<sup>1</sup>. Segue, pois, o rumo do Regulamento (CE) nº

\* Tradução de Silvio Brambila Fragozo Junior, mestrando do Program de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

\*\* Catedrático de Direito Internacional Privado da Universidad Carlos III de Madrid, Espanha. Doutor em Direito pela Università di Bologna, Itália.

<sup>1</sup>Sobre as questões de Direito transitório do Direito internacional privado sucessório posterior a 17 agosto de 2015, vide, por exemplo, FRANZINA, Pietro. Articles 83 & 84. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis;

4/2009 do Conselho, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das resoluções e à cooperação em matéria de obrigações de alimentos, que também dispõe de normas para regular os problemas destes três setores, e se afasta dos denominados Regulamentos Roma I, Roma II e Roma III, cujas normas tratam unicamente sobre a determinação do Direito aplicável.

## 1 DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL: O CRITÉRIO OBJETIVO

Para determinar qual é o Direito estatal aplicável a uma sucessão *causa mortis*, o RES utiliza um *critério objetivo*, que é o critério geral aplicável (à falta da *professio iuris*). Este critério objetivo reflete o *princípio de proximidade*. Por isso se recorre a uma norma de conflito para as sucessões *causa mortis* que utiliza a *residência habitual* como fator de conexão e a uma *cláusula de exceção* nos casos em que, a partir do conjunto de circunstâncias, se infira que este estava mais conectado com a lei de outro Estado<sup>2</sup>.

5

---

DAVÌ, Angelo; MANSEL, Heinz-Peter (Eds.). *The European Succession Regulation: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016; FUCIK, Robert. Art 83 und Art 84. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 556-564; RUDOLF, Claudia. EU-Erbrechtsverordnung: Übergangsvorschriften für die Wirksamkeit einer Rechtswahl und letztwilliger Verfügungen: intertemporales Kollisionsrecht. *ZfRV Europarecht, internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung*. Heft 5, 2015, p. 212-219.

<sup>2</sup> Vide, em geral, BONOMI, Andrea. Article 4. In: BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions*. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 283-296; BONOMI, Andrea; ÖZTÜRK, Azadi. Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Erbfälle. *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. v. 114, n. 1, 2015, p. 4-39; CACH, Christopher; WEBER, Alexander. Das Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Bestimmung des Erbstatuts ab 2015: zugleich eine Anmerkung zu 3 Ob 162/13 i. *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*. v. 9, n. 4, 2014, p. 163-165; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 148-165; ID., "Reglamento Sucesorio Europeo y residencia habitual del causante", *CDT*, 8, 1, Marzo 2016, pp. 47-75; CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 529-654, 554-557 e 576-580; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 5-139, 29-37; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 42-55; DÖBEREINER, Christoph. Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung. *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*. n. 5, 2013, p. 358-366, e DÖBEREINER, Christoph. Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht. *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*. n. 6, 2011, p. 437-446; DUTTA, Anatol. Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. v. 35, n. 1, 2015, p. 32-39; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 31-98; HOHLOCH, Gerhard. Kommentierung der EuErbRVO. In: ERMAN, Walter. *BGB: Kommentar*. 14. ed. Köln: Schmidt, 2014, p. 6693-6695; KANZLEITER, Rainer. Die Reform des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Union – Bedenken gegen den "gewöhnlichen Aufenthalt" als

## 1.1 A Residência Habitual do Falecido no Momento do Óbito

O artigo 21.1 do RES submete as sucessões *causa mortis* à residência habitual do falecido no momento do óbito. Determina, portanto, um *fator de conexão objetivo*; de tal forma que o ordenamento jurídico assim elaborado se caracteriza por três atributos:

1ª) Formula o *princípio da unidade e da universalidade da sucessão*. De acordo com este princípio, a lei competente para reger a sucessão *causa mortis* é aplicável à totalidade dos bens, independentemente do país onde eles se encontrarem e de sua natureza mobiliária ou imobiliária. Isto supõe uma *mudança revolucionária* para os países que –da mesma forma que a França– seguiram tradicionalmente o *princípio da pluralidade e territorialidade da sucessão (princípio escisionista)*, conforme o qual se distinguia entre bens móveis e imóveis; de tal forma que a sucessão dos primeiros se regia pela lei do último domicílio do falecido e a

6

---

Kriterium für das anwendbare Erbrecht. In: HANAU, Peter; SCHMITZ, Peter; SCHRÖDER, Rainer. *Notar als Berufung*. Festschrift für Stefan Zimmermann zum 60. Geburtstag am 18. März 2010. Bonn: Deutscher Notarverlag, 2010, p. 165-176; LEHMANN, Daniel. Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe. *DStR Deutsches Steuerrecht*. 2012, p. 2085-2089; LOKIN, P. A. M. Choice-of-law rules in the European Regulation on succession: a familiar system for the Netherlands? *ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. Heft 1/6, 2015, p. 75-92; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 39-46; ODERSKY, Felix. Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis. *Notar*. Heft 1, 2013, p. 3-9; REYMANN, Christoph. Auswirkungen der EU-Erbrechtsverordnung auf das Fürstentum Liechtenstein. *ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. Heft 1, 2015, p. 40-74; RUDOLF, Claudia. Die Erbrechtsverordnung der Europäischen Union. *Österreichische Notariatszeitung*. Heft 8, 2013, p. 225-242; SCHAUB, Renate. Die EU-Erbrechtsverordnung. In: MUSCHELER, Karlheinz. *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*. Band 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 91-131; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 171-182; SONNENTAG, Michael. Das europäische internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt. *EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heft 11, 2012, p. 457-469; VOLLMER, Peter W. Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick. *ZErz Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. 2012, p. 227-234; VOLMER, Michael. Die EU-Erbrechtsverordnung – erste Fragen an Dogmatik und Forensik. *Rpfleger Der Deutsche Rechtspfleger*. 2013, p. 421-433; WALTHER, Bianca. *Der Gleichlaufgrundsatz – Abkehr oder Rückkehr?* Eine kritische Auseinandersetzung mit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren aus deutscher und europäischer Sicht. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013, p. 183-191; WELLER, Marc-Phillipe. Der „gewöhnliche Aufenthalt“: Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff. In: LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Hrsg.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen IPR. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlags-Gesellschaft, 2013, p. 293-323; WILKE, Felix M. Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW Recht der internationalen Wirtschaft*. Heft 9, 2012, p. 601-609.

sucessão dos últimos se submetia a lei do lugar de situação dos imóveis (*lex situs* ou *lex rei sitae*)<sup>3</sup>.

2<sup>a</sup>) Mas a *lex successionis* não é determinada de acordo com a nacionalidade, mas conforme a *residência habitual* do *de cuius*. Esta formulação é importante por três motivos. Em primeiro lugar, porque não se limita a escolher entre os *sistemas de unidade e universalidade da sucessão causa mortis* – que costumam submetê-la à última nacionalidade do falecido – e *da pluralidade e territorialidade da sucessão causa mortis*, mas que se decanta por uma espécie de *tertium genus*: a residência habitual como critério objetivo. Ficam assim também afetadas as legislações de dezesseis Estados-membros do RES e um décimo - sétimo Estado (Croácia), incorporado posteriormente à UE, que seguiam o critério da nacionalidade (por exemplo: artigo 9.8 CC espanhol). Em segundo lugar, porque se confirma o “crescimento irrefreável” da noção de residência habitual, que já figurava em importantes Regulamentos da UE sobre conflito de leis, como o Regulamento Roma I (art. 4.1, art. 5.1 e 2, art. 6.1, art. 7.2), o Regulamento Roma II (art. 4.2, art. 5.1, art. 10.2, art. 11.2) e o denominado Regulamento Roma III (art. 8, lit. a] e b])<sup>4</sup>. É um fator de conexão que também está presente, mesmo que com alcance diverso, no art. 3 da Convenção da Haia de 1º de agosto de 1989, sobre a lei aplicável às sucessões em caso de morte<sup>5</sup>. Em terceiro e último lugar; porque, no momento da elaboração do RES, apenas três Estados-membros (Bélgica, Finlândia e Países Baixos) usavam a residência habitual como fator de conexão para determinar a lei aplicável às sucessões *causa mortis* internacionais<sup>6</sup>.

3<sup>a</sup>) Ademais, em caso de mudança de residência habitual do falecido, o *conflito móvel* é prevenido e evitado, estabelecendo no momento da conexão: para determinar a lei aplicável, apenas é relevante a última residência habitual ou, como diz o RES, a residência habitual do

<sup>3</sup> Vide MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vicent. *Droit International Privé*. 11. ed. Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso, 2014, p. 593-595, 597 e 603-604.

<sup>4</sup> LEHMANN, Daniel. *Die Reform des Internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV Verordnung*. Angelbachtal: Zerb-Verlag, 2006, p. 91; WILKE, Felix M. Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW Recht der internationalen Wirtschaft*. Heft 9, 2012, p. 601-609, 604.

<sup>5</sup> Sobre esta, em geral, vide LAGARDE, Paul. La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions. *Revue Critique de Droit International Privé*. v. 78, 1989, p. 249-275 e, em particular sobre seu art. 3, SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 173.

<sup>6</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 148-149.



falecido “no momento do óbito” (artículo 21.1 RES). Em princípio, é irrelevante, portanto, se ele teve -ou não- uma ou várias residências habituais anteriores<sup>7</sup>.

### 1.1.1 Conceito de “Residência Habitual”

Definida a última residência habitual do falecido como conexão objetiva da sucessão *causa mortis*, torna-se obrigatório perguntar *qual é a noção de residência habitual* que o RES utiliza. Se coincide com a de domicílio, se oferece alguma definição ou se, pelo menos, apresenta critérios que permitam determinar onde se encontra o domicílio do falecido. Trata-se de uma questão complexa, que gerou fortes discussões em meios políticos e científicos e que, em suas características essenciais, pode ser desenvolvida nas seguintes grandes ideias:

1ª É o fator de conexão mais utilizado nas questões de caráter pessoal, aquelas que anteriormente se agrupavam sob o conceito de *estatuto pessoal*. Usado já pela Convenção da Haia de 1902 sobre tutela de menores, seu sucesso ocorreu apenas depois da Segunda Guerra Mundial, quando começou a decair a conexão *nacionalidade* e, para substituí-la, surgiu a conexão *residência habitual* nas Convenções da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, como uma espécie de noção de domicílio adaptada às necessidades da vida internacional<sup>8</sup>.

2ª Mas, se a introdução da *residência habitual* como fator de conexão nestas últimas Convenções equivalia a um importante ataque contra a *nacionalidade*, marcando assim, primeiramente, o fim de sua hegemonia no Direito Internacional Privado convencional e; posteriormente, nos Direitos Internacionais Privados internos, não é menos certo que a ampla aceitação da conexão *residência habitual* como fator de conexão supôs também a rejeição da noção de *domicílio* como fator de conexão, adotada pelo Direito Internacional Privado inglês. Uma noção tão rígida que seu regime jurídico se assemelha mais ao da nacionalidade que ao conceito de *domicílio* próprio dos países da Europa continental<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 156.

<sup>8</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 83; CAVERS, David F. “Habitual Residence”: A Useful Concept? *The American University Law Review*. v. 21, 1972, p. 475-493 (também em CAVERS, David F. *The Choice of Law*. Selected Essays 1933-1983. Durham: Duke University, 1985, p. 244-262).

<sup>9</sup> CARTER, P. B. Domicil: The Case for radical Reform in the United Kingdom. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 36, n. 4, 1987, p. 713-728; HENRICH, Dieter. Der Domizilbegriff im englischen Internationalen Privatrecht. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 25. Jahrg, Heft

3ª Os regulamentos de Direito Internacional Privado elaborados pela UE aceitaram também a *residência habitual* como fator de conexão<sup>10</sup>.

4ª É paradoxal que não exista uma definição de *residência habitual* nas Convenções multilaterais da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado nem nos Regulamentos de Direito Internacional Privado produzidos pela UE. Não é estranho, portanto, que muitos perguntem *qual é a dificuldade* de definir o conceito de *residência habitual* ou que questionem *se esta noção é a mesma* nas diferentes fontes jurídico-internacionais ou, pelo menos, nos Regulamentos de Direito Internacional Privado da UE<sup>11</sup>.

5ª Quando uma solução jurídica parece carente de lógica, costuma existir uma *explicação histórica*. Este é o caso da noção de *residência habitual*. Assim, por exemplo, na Convenção da Haia de 1902 sobre tutela de menores, considerou-se inadequada a referência ao domicílio de um menor e, em seu lugar, foi assumido que era melhor recorrer à residência habitual. O fato de que se falasse de *residência* excluía a noção de *domicile* anglo - saxônica; enquanto que acrescentar o adjetivo *habitual* permitia evitar confusões com a mera residência. Em síntese, como observaram alguns autores, explica-se historicamente; pois: “trata-se de um critério de fato, verificado caso a caso, evitando a rigidez associada às definições legais do conceito de domicílio nos ordenamentos internos”<sup>12</sup>.

9

3/4, 1960, p. 456-495; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 41.

<sup>10</sup> MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 42; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 175-176; SONNENTAG, Michael. Das europäische internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt. *EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heft 11, 2012, p. 460.

<sup>11</sup> Entretanto, quase ninguém discute que a noção de “residência habitual” do art. 4 RES é a mesma utilizada no art. 21.1 RES. Neste sentido, por exemplo, SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 179. Contra, SCHAUB, Renate. Die EU-Erbrechtsverordnung. In: MUSCHELER, Karlheinz. *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*. Band 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 113. Trata-se de um “suposto de fato com dupla relevância” (*doppeltrelevante Tatsache*); ou seja, para resolver a questão de competência judicial internacional e também a questão de competência legislativa. Vide, neste sentido, WALL, Fabian. Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte im Zuständigkeitsrecht der Artt. 4 ff EU-ErbVO: Lässt sich die Entscheidung EuGH, Urt. v. 15.11.2012 – Rs. C-456/11 zur Bindungswirkung ausländischer Prozessurteile auf die EU-ErbVO übertragen? *ZErZ Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. Heft 10, 2014, p. 272-281, 280.

<sup>12</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 32; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 48.

6ª Em relação aos Regulamentos da UE, a ausência de uma definição não é uma lacuna legal gerada pelo esquecimento do legislador, mas um resultado desejado: somos donos do nosso silêncio e escravos de nossas palavras. Se qualquer Regulamento europeu de Direito Internacional Privado tivesse apresentado a definição de *residência habitual*, o conceito teria sido limitado e, provavelmente, extrapolado automaticamente de um Regulamento para outro, mesmo que regulassem situações muito diversas, gerando resultados insatisfatórios em certos casos.

7ª Em relação ao RES, é preciso destacar a ausência de uma definição expressa da noção de *residência habitual* em seu texto. Esta atitude do legislador europeu foi elogiada por quem considera que qualquer tentativa de definição teria sido incompleta (não teria incluído todas as hipóteses tão variadas que podem ocorrer na prática) e, no máximo, apresentaria lacunas e dificuldades interpretativas suscetíveis de debilitar a segurança jurídica<sup>13</sup>. A ausência de definição legal de *residência habitual* no RES é mitigada por três Considerandos do próprio Regulamento (23, 24 e 25) que fornecem valiosos critérios hermenêuticos ao intérprete.

Estes Considerandos poderiam ter sido perfeitamente integrados ao próprio texto do Regulamento. Nenhum de seus preceitos define o que é a *residência habitual*, mas fornecem várias ideias importantes para este fim:

1ª) A *residência habitual* é mais do que a mera permanência no território de um Estado. É uma *relação estreita e estável com um Estado* que, além da presença contínua em um território submetido a sua soberania, requer— para ser determinada— um julgamento global sobre as circunstâncias concretas do caso em questão, particularmenteo próprio fato da presença no território estatal, sua condição, regularidadee duração desde antes até o momento do óbito do falecido, bem como das razões de sua presença nesse território: “[...]A fim de determinar a residência habitual, a autoridade que trata da sucessão deverá proceder a uma avaliação global das circunstâncias da vida do falecido durante os anos anteriores ao óbito e no momento do óbito, tendo em conta todos os elementos factuais pertinentes, em particular a duração e a regularidade da permanência do falecido no Estado em causa, bem como as condições e as razões dessa permanência. A residência habitual assim determinada deverá

<sup>13</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 32-33; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 47-49.

revelar uma relação estreita e estável com o Estado em causa tendo em conta os objetivos específicos do presente Regulamento” (Considerando 23, *in fine*). Trata-se, em resumo, de “estabelecer o centro de vida de uma pessoa, considerando a localização preponderante de seus interesses de ordem pessoal, familiar, profissional e econômica”<sup>14</sup>. É, portanto, uma noção muito próxima a do “domicílio” usada pela jurisprudência francesa anterior ao RES para determinar a lei aplicável às sucessões *causa mortis* mobiliárias: a noção de “residência habitual” do R. 650/2012 – a imagem e semelhança do “domicílio” utilizado pela norma de conflito francesa para as sucessões de bens móveis – tem fundamento na concorrência de um *elemento material ou objetivo* (a presença física efetiva da pessoa de determinada duração no território de um Estado [*domuscolere*]) e de um *elemento espiritual ou subjetivo* (a vontade da pessoa de fixar o centro de seus interesses em um lugar determinado [*animus manendi*])<sup>15</sup>. Por isso alguns autores observam que o critério de “residência habitual” não deve ser entendido de forma sensivelmente diferente ao do “domicílio” usado pelo Direito Internacional Privado francês em matéria de sucessões mobiliárias anterior ao RES<sup>16</sup>.

Optou-se, portanto, por um *conceito global, ponderado e casuístico* da noção de *residência habitual*.

Como conceito *global*, exige a verificação de vários indícios e não de um único ou alguns poucos: Devem ser considerados “todos os fatos pertinentes”. Geralmente se distingue

<sup>14</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell’Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 33; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 48. Sobre o *Lebensmittelpunkt*, vide, por exemplo, KUNZ, Lena. Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick. Teil I. *GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. v. 9, n. 4, 2012, p. 208-212, e 5, 2012, pp. 253-257, em pp. 209-210; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 176; SCHEUBA, Elisabeth. Aus der Praxis: die Rechtswahl im Erbrecht wirft ihre Schatten voraus. *Ecolex*. Heft 3, 2014, p. 210-215, em p. 212.

<sup>15</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 84-91; CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 555; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 51-53, 58-59 e 61-63; MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vicent. *Droit International Privé*. 11. ed. Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso, 2014, p. 593-594.

<sup>16</sup> MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vicent. *Droit International Privé*. 11. ed. Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso, 2014, p. 609. O conceito de lugar” (*Ort*) no qual se está residindo é, como destaca SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 176-177, para efeitos do RES, o território de um Estado e não o de um determinado município ou qualquer outra unidade territorial interna.



entre critérios de natureza privada e critérios de natureza profissional<sup>17</sup>. Valorizam-se positivamente, como *critérios de natureza privada*, a presença de familiares do falecido, o aluguel ou compra de moradia, a educação das crianças e a existência de relações administrativas com as autoridades do Estado de residência ou a constituição de sociedades<sup>18</sup>. Como observa o TJCE, isto é assim, “na medida em que estes elementos refletem a vontade da pessoa de conferir certa estabilidade ao lugar de vinculação, devido a uma continuidade derivada de certos hábitos de vida e da manutenção de relações sociais e profissionais normais” (Sentença Tribunal de Justiça CE de 12 de julho de 2001, *Paraskevas Louloudakis/Elliniko Dimosio*, C-262/99, *Rec.*, pág. I-05547, FJ 55)<sup>19</sup>. Do mesmo modo, o domínio do idioma do país, a existência de grupos de amigos e conhecidos locais e a participação como membro ativo de uma associação são considerados critérios de prova da integração no Estado de acolhimento<sup>20</sup>. Os *critérios de natureza profissional* são também muito variados: o exercício de atividades profissionais, a locação de locais de negócios para trabalhar por conta própria, a inserção em uma empresa, a frequência a cursos de formação profissional ou de ensino universitário, a constituição de sociedades, a abertura de uma conta bancária no Estado de acolhimento etc. *Exemplo*: Um caso especial é o das pessoas que moram em um Estado-membro nos últimos anos de sua vida, mas em “círculos nacionais fechados” sem integração na sociedade local. É a situação dos ingleses que moram nas praias gregas ou espanholas e que apenas se relacionam entre eles e dos aposentados alemães que moram a maior parte do ano em Mallorca. Qual é o Estado de sua residência habitual? Alguns opinam que é o Estado de acolhimento. Mesmo se relacionando apenas entre eles, estão integrados de certa forma<sup>21</sup>. Outros, pelo contrário, dizem que o Estado de residência habitual

12

<sup>17</sup> Vide BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 77-88, 81.

<sup>18</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 56-57.

<sup>19</sup> Comentada por CITTADINI, Manuela. L'orientamento della Corte di Giustizia in materia di residenza a fini fiscali. *Giurisprudenza Italiana*. n. 4, 2002, p. 869-872; SANNA, Thomas. Steuerbefreiung bei der vorübergehenden Einfuhr von Kraftfahrzeugen aufgrund gewöhnlichen Wohnsitzes im Ausland. *European Law Reporter*. 2001, p. 369-372; VALENTE, Maria Giuseppina. Recenti Pronunciamenti in Tema di Residenza Fiscale delle Persone Fisiche. *Diritto e Pratica Tributaria*. 2001, p. 847-857.

<sup>20</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 90-91; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 57.

<sup>21</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 93-94.

é o Estado de origem, desde que eles retornem regularmente e convivam quase que exclusivamente em um ambiente alemão (ou inglês) que confirme a inexistência de nenhuma integração no Estado de residência<sup>22</sup>.

Como conceito *ponderado*, é preciso valorizar o peso de cada um deles; ou seja, da concorrência de dois ou mais indícios não cabe inferir automaticamente que a presença no território de um Estado seja equivalente à residência habitual.

Finalmente, é um conceito *casuístico*, pois sempre será preciso analisar meticulosamente e caso a caso os pressupostos sucessórios propostos, sem que esta análise possa ser substituída por referências vagas a *categorias gerais* (por exemplo: a sucessão *causa mortis* do inglês com uma residência em Londres e uma segunda residência em Marbella) ou a *presunções* (por exemplo: a ideia de que deve ter passado, pelo menos, cinco anos para que a residência em um Estado seja considerada residência habitual).

Da estrutura do conceito de residência habitual, são deduzidas algumas *consequências práticas*. Primeira: No caso dos *recém-nascidos*, mesmo inexistindo uma regra específica para eles no RES, pode-se afirmar que sua residência habitual é a do Estado onde residem habitualmente seus progenitores. Caberia, portanto, a possibilidade de nascerem em num Estado e terem a residência habitual em outro, no qual nunca estiveram<sup>23</sup>. Segunda: No caso de *internação* em penitenciária ou clínica psiquiátrica, tampouco existe vontade e, portanto, tampouco existe residência habitual nesse Estado, se é que não havia antes, a efeitos do RES<sup>24</sup>. Terceira: O termo *habitual* não deve ser entendido como antagônico ao termo “insólito” ou “extraordinário”, mas no sentido do lugar onde o falecido residia “de forma ordinária”, “usualmente” ou “por regra geral” (*in der Regel*)<sup>25</sup>. Isto permite distinguir a

<sup>22</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 57; SÜß, Rembert. Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009. *ZErB Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. 2009, p. 342-348, 344.

<sup>23</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 51; KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 284. Contra, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 85. Sobre esta questão, que às vezes se confunde com a possibilidade de que uma pessoa adquira residência habitual mediante um representante, GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 64-66.

<sup>24</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 52.

<sup>25</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 52-53; KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 284.

“residência habitual” da “mera residência”<sup>26</sup> ou da mera “estadia efêmera”, para o que basta a efetiva presença física em um lugar; como, por exemplo, a escala técnica num aeroporto, uma visita a Eurodisney ou a frequência, durante um ou dois meses, a Cursos de verão para estudar idiomas estrangeiros<sup>27</sup>. Um indício determinante para a residência num Estado ser considerada “habitual” é o *tempo*: quanto mais tempo transcorrido desde o início da presença contínua de um indivíduo no território de um Estado específico, mais provável é que se trate de uma “residência habitual”<sup>28</sup>. Apesar disto, o RES não determinou com precisão um período de tempo a partir do qual a residência seja “habitual” (= sem previsão de duração mínima [*Mindestdauer*])<sup>29</sup>. O Direito comparado mostrava prazos muito variados, que iam dos três

<sup>26</sup> Vide BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 120; BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 81-82; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 53.

<sup>27</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico. Granada: Comares, 2014, p. 85-86; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 44; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 176; WALTHER, Bianca. *Der Gleichlaufgrundsatz – Abkehr oder Rückkehr? Eine kritische Auseinandersetzung mit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren aus deutscher und europäischer Sicht*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013, p. 29.

<sup>28</sup> Vide BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 108-113; BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 81; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 58. Sobre o problema da possibilidade de “constituição imediata de uma residência habitual” (*sofortige Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts*) vide BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 84-85; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 66-71; KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 284.

<sup>29</sup> CACH, Christopher; WEBER, Alexander. Das Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Bestimmung des Erbstatuts ab 2015: zugleich eine Anmerkung zu 3 Ob 162/13 i. *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*. v. 9, n. 4, 2014, p. 165; DÖBEREINER, Christoph. Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung. *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*. n. 5, 2013, p. 362; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 58; KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 279; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 44; LEHMANN, Daniel. Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe. *DStR Deutsches Steuerrecht*. 2012, p. 2085-2086; ODERSKY, Felix. Die Europäische Erbrechtsverordnung in der

meses aos sete anos<sup>30</sup>. Além disso, não era previsível chegar a um acordo durante a elaboração do RES<sup>31</sup>.

2ª) A *ratio legis* ou justificativa da preferência dos autores do RES pela conexão da *residência habitual*, ao invés de qualquer outra, é o desejo de “[...] assegurar uma conexão real entre a sucessão e o Estado-membro em que a competência é exercida [...]”, sempre que a residência habitual determinada revelar “uma relação estreita e estável” (Considerando 23), expressão, a primeira vista, enigmática com a qual se aponta para a necessidade de que efetivamente o centro da vida social do falecido se encontre no referido Estado.

3ª) Que a *residência habitual* considerada deva ser “uma relação estreita e estável” é uma exigência legal que suscita um problema: Que lei deve ser aplicada quando o falecido tiver uma *relação mais estreita e estável com um Estado* diferente ao de sua residência habitual? O RES é muito meticuloso a este respeito. Em primeiro lugar, evita equívocos. Uma coisa é que o *centro de gravidade* da relação se encontre em um Estado diferente ao da residência habitual (*centro de gravidade deslocado*) e outra, bem diversa, é que o *centro de gravidade* da relação se encontre no Estado de residência habitual do falecido; mas seja problemático precisar onde se acha realmente a residência habitual (*centro de gravidade indeterminado*). O Considerando 24 RES se refere a esta segunda hipótese, ao lembrar que: “Em certos casos, poderá ser complexo determinar a residência habitual do falecido [...]”. Posteriormente, expõe e designa três dos *pressupostos problemáticos* que podem ocorrer, o do falecido que tem um centro de vida familiar e outro profissional em diferentes Estados, o do falecido que tem simultaneamente residência habitual em dois ou mais Estados e, finalmente,

---

Gestaltungspraxis. *Notar.* Heft 1, 2013, p. 4; REYMAN, Christoph. Auswirkungen der EU-Erbrechtsverordnung auf das Fürstentum Liechtenstein. *ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft.* Heft 1, 2015, p. 44; RUDOLF, Claudia. Die Erbrechtsverordnung der Europäischen Union. *Österreichische Notariatszeitung.* Heft 8, 2013, p. 234; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung.* Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 178; SONNENTAG, Michael. Das europäische internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt. *EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht.* Heft 11, 2012, p. 458; WILKE, Felix M. Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW Recht der internationalen Wirtschaft.* Heft 9, 2012, p. 603.

<sup>30</sup> BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 109; KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts.* 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 279; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung.* Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 58-59.

<sup>31</sup> GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung.* Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 59.

o do falecido que não tem nenhuma residência habitual em um território estatal: “Este seria o caso, em particular, quando por motivos profissionais ou econômicos o falecido transferisse sem domicílio para outro país por motivos de trabalho, às vezes por um período prolongado, mas mantivesse uma relação estreita e estável com seu Estado de origem. Neste caso, dependendo das circunstâncias, poderia ser considerado que o falecido tinha sua residência habitual em seu Estado de origem, onde estava situado o centro de interesse de sua família e sua vida social. Também poderiam ocorrer outras situações complexas quando o falecido tivesse residido em diversos Estados alternativamente ou viajado de um Estado para outro sem residir permanentemente em nenhum deles. Caso o falecido fosse um nacional de um desses Estados ou tivesse todos os seus principais bens em um desses Estados, a sua nacionalidade ou local onde se situam esses bens poderia ser um fator especial na apreciação global de todas as circunstâncias factuais” (Considerando 24). Em segundo lugar, dispõe uma solução para o caso de que, determinada a residência habitual do falecido, exista, em efeito, uma conexão mais estável e estreita com outro Estado (*centro de gravidade deslocado*): A *cláusula de exceção* (artigo 21.2 RES).

4ª) Que, para determinar a *residência habitual*, devam ser considerados os “objetivos específicos” do RES: assegurar a correta administração da justiça na UE; facilitar o bom funcionamento do mercado interno, eliminando os obstáculos à livre circulação daquelas pessoas que encontram dificuldades para exercer seus direitos em casos de sucessão *causa mortis* com repercussões transfronteiriças; assegurar no espaço europeu de justiça que os cidadãos possam organizar suas sucessões e garantir de forma eficaz os direitos dos herdeiros e legatários e das pessoas próximas ao falecido, bem como dos credores da sucessão (Considerandos 7 e 23, *in fine*)<sup>32</sup>. A razão última da interpretação do conceito de “residência habitual” à luz dos objetivos específicos do RES não é outra além do fato de que se trata de uma *noção autônoma*, própria do Direito europeu, que não tem motivos para coincidir com o exato significado existente em cada um dos Estados-membros (*autonome Auslegung*)<sup>33</sup>.

<sup>32</sup> Vide CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 555.

<sup>33</sup> BUSCHBAUM, Markus. Die künftige Erbrechtsverordnung: Wegbereiter für den Acquis im europäischen Kollisionsrecht. In: MANSEL, Heinz-Peter; BECKMANN, Roland Michael; MATUSCHKE-BECKMANN (Hrsg.). *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft*. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner. Heidelberg: C. F. Müller, 2012, p. 589-605, em p. 593; DÖRNER, “EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft!”, *ZEV*, 2012, pp. 505-513, em p. 510; HEINIG, Jens. Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung. *Rheinische Notar-Zeitschrift*. Heft 5, 2014,

5ª) Finalmente, a determinação do Estado da última residência habitual do falecido não depende de fatores tais como o fato de ser *legal* ou *ilegal*, coincidir ou não com o *domicílio fiscal* ou que aquele se encontre inscrito no *registro municipal*<sup>34</sup>. Por isso a “residência habitual” foi classificada como um “domicílio fático” (*faktischer Wohnsitz*)<sup>35</sup>. Existem motivos para esta interpretação: o RES não exige de forma expressa ou tácita e, como não distingue, permite a aplicação do critério hermenêutico *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Digesto, 6, 2, 8). *Exemplo*: Após o falecimento na França do Sr. J. Pellegrin (2000), a Sra. E. Michel, sua segunda esposa, e o Sr. G. Pellegrin, filho de seu primeiro casamento, litigam no judiciário francês. Eles deixaram claro desde o princípio que os imóveis da herança estavam situados na França e que sua sucessão se regia, portanto, pela lei francesa. Mas hesitaram se a mesma seria aplicável à sucessão dos bens móveis; já que o falecido tinha um domicílio fiscal na Suíça, o que lhe permitia gozar dos benefícios de um regime tributário menos gravoso que o francês. A *Cour de cassation* entendeu que a lei francesa também era aplicável à sucessão mobiliária; pois “se deduzia do conjunto de circunstâncias de fato que o último domicílio do falecido estava situado na França, onde ele

17

p. 197-229, em p. 199; ODESKY, Felix. Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis. *Notar*. Heft 1, 2013, p. 4; RUDOLF, Claudia. Die Erbrechtsverordnung der Europäischen Union. *Österreichische Notariatszeitung*. Heft 8, 2013, p. 234; SCHAUB, Renate. Die EU-Erbrechtsverordnung. In: MUSCHELER, Karlheinz. *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*. Band 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013, p. 112; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 176; SCHEUBA, Elisabeth. Aus der Praxis: die Rechtswahl im Erbrecht wirft ihre Schatten voraus. *Ecollex*. Heft 3, 2014, p. 212; WELLER, Marc-Phillipe. Der „gewöhnliche Aufenthalt“: Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff. In: LEIBL, Stefan; UNBERATH, Hannes (Hrsg.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlags-Gesellschaft, 2013, p. 306 y 312; WILKE, Felix M. Das internationale Erbrechnach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW Recht der internationalen Wirtschaft*. Heft 9, 2012, p. 603.

<sup>34</sup> Vide BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 118-119; BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 83-84; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 83-84 e 94; CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 555; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 59-61; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 178.

<sup>35</sup> MANKOWSKI, Peter. § 7. Der Allgemeine Teil des deutschen Internationalen Privatrechts. In: VON BAR, Christian; MANKOWSKI, Peter. *Internationales Privatrecht*. 2. ed. v. I Allgemeine Lehren. München: C. H. Beck, 2003, p. 564.

morava com sua segunda esposa e onde estavam seus principais interesses; e não na Suíça, país no qual os fatores de conexão eram puramente circunstanciais e unicamente destinados a satisfazer uma regulamentação administrativa”<sup>36</sup>.

### 1.1.2 Grupos de Casos

O RES distingue entre *casos simples* e *casos complexos* de determinação da localização da residência habitual do falecido.

De acordo com o Considerando 23 RES, para determinar a residência habitual deve ser realizada uma avaliação geral das circunstâncias de vida do falecido nos anos precedentes a seu falecimento e no momento do óbito, examinando todos os fatos pertinentes, particularmente a duração e a regularidade da presença do falecido no Estado em questão, bem como as condições e os motivos dessa presença. A partir deste conjunto de critérios, os tribunais poderão determinar o Estado de residência habitual do falecido sem grandes dificuldades na maioria dos casos. Trata-se de pressupostos que poderíamos denominar *casos simples*<sup>37</sup>.

Entretanto, em certos casos pode ser complicado precisar qual é a última residência habitual do falecido (Considerando 24 RES). Trata-se de pressupostos que poderíamos denominar *casos complexos*. São apresentadas várias soluções para três possíveis casos complexos:

a) *Residência habitual pessoal e familiar contra residência habitual profissional*<sup>38</sup>. Se, por motivos profissionais ou econômicos, o falecido transfere seu domicílio para outro país para trabalhar; mas mantém uma relação estreita e estável com seu Estado de origem, presume-se que o falecido tem sua residência habitual no Estado de origem, entendendo como tal o Estado onde está situado o centro de interesse de sua família e sua vida social. Este poderia ser o caso, por exemplo, dos chamados trabalhadores viajantes, como o viajante a

<sup>36</sup> Cour de cassation, 30 de outubro de 2006, *Rev crit dr int priv*, 96/3, 2007, pp. 573-575, com nota de ANCEL.

<sup>37</sup> Vide CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 554.

<sup>38</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, pp. 91-92; CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 555-556.

trabalho (*Arbeitspendler*) que se encontra, de segunda à sexta, em seu lugar de trabalho - Frankfurt (Alemanha) - e que passa os finais de semana com a família, que reside habitualmente em Viena (Áustria)<sup>39</sup>.

b) *Falecidos com duas ou mais residências habituais*<sup>40</sup>. Poderia presumir-se –como alguma legislação estatal a propósito do “domicílio”– que as pessoas têm apenas uma residência habitual. Mas o RES não contém nenhuma disposição neste sentido. Por outro lado, existem situações nas quais, certamente, uma pessoa poderia ter duas ou mais residências habituais. Este seria o caso, por exemplo, dos aposentados alemães na Toscana ou em Mallorca, dos trabalhadores temporários ou dos trabalhadores emigrantes e de estudantes no exterior sem planos de futuro definidos<sup>41</sup>.

Para vencer este inconveniente, alguns autores sugerem usar o mesmo critério utilizado por certas legislações estatais para determinar o Direito aplicável à pessoa que tem *dupla nacionalidade* (aplicar a *nacionalidade efetiva*, que costuma coincidir com a do Estado no qual o indivíduo tem sua residência habitual). Se a residência habitual auxilia a nacionalidade

<sup>39</sup> SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 177.

<sup>40</sup> Vide sobre esta questão BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 137-142; GEIMER, Reinhold. KG, 03-03-1987 – 1 VA 6/86: Maßgebender Zeitpunkt für das auf ausländische Urteile anzuwendende Anerkennungrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 10, 1988, p. 651-652, 652; CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 556; GUTZLER, Helmut. LG Hamburg, 10. 10. 1947 - 3 R 447/47: LG Hamburg Zwischen, Urteil vom 10. 10. 1947 - 3 R 447/47. *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 4, 1949, p. 153-154, 154; HENRICH, Dieter. Bericht zu OLG Hamm 13.3.1989. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 1990, p. 58-59, 59; LANGE, H. Wohnsitz und Wohnung, einheitlicher und mehrfacher Wohnsitz bei Eltern und Kindern. In: HARMS, Wolfgang et al. (Hrsg.). *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht*. Festschrift für Hörst Bartholomeyczyk zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1973, p. 241-248, 243-244; LAUTERBACH. Anmerkung zu RG 15.11.1941. *Deutsches Recht*. Ausgabe A, 1942, p. 535-537, 535; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 40 y 45; MANN, F. A. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ im Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zum Problem der Rechtsvereinheitlichung. *Juristenzeitung*. 11. Jahrg. Heft 15/16, 1956, p. 466-470, 470; RIEZLER, Erwin. *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*. Berlin: de Gruyter, 1949, p. 185; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 177-178; SCHEUCHER, L. Das Haager Testamentsformabkommen. *ZfRV Europarecht, internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung*. 1965, p. 216-223 e 1966, pp. 85-98, 95; SCHWIMANN, Michael. Das neue internationale Eherecht Österreichs. *Juristische Blätter*. 1979, p. 341-353, 342; STOLL, Hans. Rezension zu Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht. *JZ Juristenzeitung*. 1956, p. 466-470; WOLFF, Martin. *Das internationale Privatrecht Deutschlands*. 3. ed. Berlin: Springer, 1954, p. 43.

<sup>41</sup> STÜRNER, Michael. Deutsch-italienische Erbfälle unter der kommenden Europäischen Erbrechtsverordnung. *Jahrbuch für Italienisches Recht*. Heft 26, 2013, p. 67.



nos casos de plurinacionalidade (Artigo 5 Abs. 1 S. 1 EGBGB), que a nacionalidade auxilie também os casos de pluralidade de residências habituais<sup>42</sup>. Esta interpretação poderia se fundamentar no Considerando N° 24 RES: “[...] “Outros casos complexos poderão igualmente ocorrer quando o falecido tenha vivido de forma alternada em vários Estados ou tenha viajado entre Estados sem se ter instalado de forma permanente em nenhum deles. Caso o falecido fosse um nacional de um desses Estados ou tivesse todos os seus principais bens em um desses Estados, a sua nacionalidade ou o local onde se situam os bens poderia ser um fator especial na apreciação global de todas as circunstâncias factuais”.

Resumindo: se o falecido residiu alternativamente ou viajou de um Estado para outro sem residir permanentemente em nenhum deles, são listados dois elementos que podem ser um “fator especial” na avaliação geral das circunstâncias objetivas: que o falecido fosse nacional de um desses Estados onde residiu alternativamente ou de forma não permanente ou que o falecido tivesse seus principais bens em um deles. Portanto, não se estabelece uma clara presunção.

c) *Falecidos sem residência habitual*<sup>43</sup>. Houve discussões para determinar se tais pessoas existem. Em rigor, afirma-se que apenas um autêntico nômade carece de residência habitual: “*Unless one led a nomadic life, one had to be habitually resident somewhere*”<sup>44</sup>. Não se trata de não morar em uma cidade ou aldeia, mas de não morar em nenhum Estado de forma habitual. Discute-se, por outra parte, se é possível perder a residência habitual anterior (mesmo a de origem), sem adquirir uma nova residência habitual. Existem exemplos jurisprudenciais no âmbito do sequestro internacional de menores e do divórcio. *Exemplo 1*: Em 1987, um casal de britânicos teve um filho extraconjugal nascido na Austrália ocidental. Em 21 de março de 1990, a mãe abandonou a Austrália rumo à Inglaterra, levando seu filho

<sup>42</sup> Vide STÜRNER, Michael. Deutsch-italienische Erbfälle unter der kommenden Europäischen Erbrechtsverordnung. *Jahrbuch für Italienisches Recht*. Heft 26, 2013, p. 67-68. Vide, no mesmo sentido, por exemplo, CACH, Christopher; WEBER, Alexander. Das Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Bestimmung des Erbstatuts ab 2015: zugleich eine Anmerkung zu 3 Ob 162/13 i. *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*. v. 9, n. 4, 2014, p. 165; LOKIN, P. A. M. Choice-of-law rules in the European Regulation on succession: a familiar system for the Netherlands? *ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. Heft 1/6, 2015, p. 5.

<sup>43</sup> Vide sobre esta questão, ALBRECHT, Philipp. *Die steuerliche Behandlung deutsch-englischer Erbfälle*. Köln: Carl Heymann, 1992, p. 241-242; BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 142-147; FENTIMAN, Richard. Domicile Revisited. *The Cambridge Law Journal*. v. 50, n. 3, 1991, p. 450 e ss.; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 71-74; HENRICH, Dieter. Der Domizilbegriff im englischen Internationalen Privatrecht. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 25. Jahrg, Heft 3/4, 1960, p. 459 e ss.

<sup>44</sup>Hack v. Hack [1976] 6 Fam. Law 177.

sem o conhecimento do pai. Em 12 de abril de 1990, um tribunal australiano concedeu a guarda ao pai. Uma semana depois, as autoridades australianas solicitaram a restituição do menor para a justiça inglesa. Na *House of Lords*, o orador, Lord Brandon of Oakbrook, afirmou que: “*A person may cease to be habitually resident in country A in a single day if he or she leaves it with a settled intention not to return [...] Such a person cannot, however, become habitually resident in country B in a single day*”<sup>45</sup>. Exemplo 2: Em 1964, uma alemã residente na Alemanha casou com um holandês, que trabalhava com seguros, residente nesse mesmo país. No início de 1986, ambos se mudaram para a Holanda. Após poucas semanas, a mulher se separou do marido e voltou para a Alemanha. Um ano depois, a esposa solicitou o divórcio e pagamento de pensão (*Versorgungsanspruch*). Em uma sentença muito discutível, o *Bundesgerichtshof*, que devia aplicar a lei da última residência habitual em comum, dado que os esposos tinham nacionalidades distintas, afirmou que não existia tal residência habitual comum. Poucas semanas não bastavam para que a esposa tivesse adquirido a residência habitual na Holanda e, por uma série de controvertidas circunstâncias, tinha perdido sua residência habitual na Alemanha<sup>46</sup>.

21

Diante destes casos, a realidade mostra que os “modernos nômades” existem. Equivalem aos apátridas, quando a nacionalidade é o fator de conexão usado pela norma de conflito para determinar a lei aplicável à sucessão *causa mortis*. Exemplo 1: Em 1986, foi divulgada a notícia de que um jovem da Nova Zelândia passou três anos viajando pela Europa<sup>47</sup>. Imaginemos que este *clone imperfeito de Forrest Gump* tivesse falecido e, além disso, que tivesse deixado uma herança considerável. O que deveria ser feito neste caso? Está claro que não se pode aplicar o art. 21.1 RES; porque a conexão “residência habitual” é impraticável. O RES não prevê explicitamente nenhuma conexão subsidiária para este tipo de casos. A única solução seria recorrer, por analogia, à *cláusula de exceção* do art. 21.2 RES e aplicar a lei do Estado com o qual o falecido está mais conectado, em cujo caso não se trataria

<sup>45</sup> Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights) [1990] 3 W.L.R. 492, 504. Vide o comentário de BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 144-145.

<sup>46</sup> Bundesgerichtshof 3 de fevereiro de 1993, *IPRax*, 1994, p. 131. Vide o comentário de BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 145-147.

<sup>47</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 72.

da correção de uma solução legal, mas de preencher uma lacuna legal<sup>48</sup>. *Exemplo 2*: Um brasileiro viaja pelo mundo trabalhando como técnico de centrais nucleares. Ele mora em épocas variadas em diversos países da UE e extracomunitários. Tem bens imóveis em cinco países (entre eles uma luxuosa residência em Mallorca). Tem escritórios profissionais em Nova Iorque, Genebra, Barcelona e Paris. Após seu falecimento, sua herança é disputada por uns brasileiros, parentes distantes domiciliados no Rio de Janeiro, a companheira sentimental do falecido durante os últimos anos (uma cantora francesa com residência habitual em Mallorca) e um espanhol, residente em Menorca que assegura ser filho do falecido. Se os tribunais espanhóis se declararem competentes (art. 10 RES), poderiam aplicar a esta sucessão a lei espanhola em virtude das relações mais estreitas (art. 21.2 RES), visto que o falecido tinha imóveis na Espanha, sua companheira sentimental residia habitualmente na Espanha e o suposto filho espanhol também residia habitualmente na Espanha<sup>49</sup>. *Exemplo 3*: Afirmou-se que, no caso do tenista profissional que disputa partidas pelo mundo todo durante sete ou oito meses por ano, seu centro de vida se encontra no lugar onde reside sua família, que é onde ele se encontra em “casa”<sup>50</sup>. O exemplo do tenista profissional que participa de torneios no mundo todo não é pertinente para o problema do *de cuius* que tenha adquirido uma residência profissional fixa num país diverso àquele onde se encontra sua residência pessoal e familiar; pois o caso do tenista é mais similar ao daquele que, viajando continuamente, não tem residência fixa em lugar algum.

22

### 1.1.3. Vantagens e Inconvenientes da Nova Regulamentação

São várias as razões que defendem a utilização da residência habitual do falecido no momento do falecimento como fator de conexão<sup>51</sup>:

<sup>48</sup> Vide HOHLOCH, Gerhard. Kommentierung der EuErbRVO. In: ERMAN, Walter. *BGB: Kommentar*. 14. ed. Köln: Schmidt, 2014, p. 6694-6695; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 157 e 159.

<sup>49</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 157 e 159.

<sup>50</sup> BAETGE, Dietmar. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, p. 143.

<sup>51</sup> Vide sobre a discussão em torno da “residência habitual” ou da “nacionalidade” como elementos de conexão para o estatuto sucessório, BONOMI, Andrea. Article 4. In : BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 285-287; BONOMI, Andrea; ÖZTÜRK, Azadi. Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Erbfälle. *Zeitschrift für*

1ª) Na maioria das sucessões *causa mortis* internacionais, a última residência habitual do falecido é uma *conexão objetiva* que garante a maior proximidade entre o suposto do fato e a legislação aplicável (*princípio da proximidade, Prinzip der engsten Verbindung*)<sup>52</sup>. Efetivamente, é no Estado onde se encontrava essa residência habitual do falecido onde também se encontra seu centro de vida e onde se costuma localizar a maioria dos herdeiros e legatários, dos bens e dos credores<sup>53</sup>.

Caso isso não seja assim, cabe imaginar o recurso a outras regras, quando a sucessão estiver mais conectada com outro país no qual o falecido tivesse uma residência anterior, com o país de nacionalidade do falecido ou com o país de situação dos bens imóveis. Para estes supostos, podem ser previstas outras normas de conflito (por exemplo: uma admissão limitada da autonomia da vontade, mediante o recurso à *professio iuris* a favor da lei de nacionalidade ou da *lex rei sitae*) ou, até mesmo, uma norma de funcionamento (por exemplo: uma *cláusula de exceção*).

2ª) A última residência habitual do falecido é uma *conexão neutra*; que, no caso de casamentos entre pessoas de nacionalidades diferentes, não apenas não discrimina ninguém por razão de sexo, mas insiste no que, de forma ordinária, une os cônjuges (a residência

23

*Vergleichende Rechtswissenschaft*. v. 114, n. 1, 2015, p. 8; BUSCHBAUM, Markus. Die künftige Erbrechtsverordnung: Wegbereiter für den Acquis im europäischen Kollisionsrecht. In: MANSEL, Heinz-Peter; BECKMANN, Roland Michael; MATUSCHE-BECKMANN (Hrsg.). *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft*. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner. Heidelberg: C. F. Müller, 2012, p. 593; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 149-155; GEIMER, Reinhold. Gedanken zur europäischen Rechtsentwicklung. Von der Donaumonarchie zur Europäischen Union. *Notariats Zeitung*. Heft 16, 2012, p. 70 e ss., pp. 76-77; GREESKE GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 35-36 e 43; KANZLEITER, Rainer. Die Reform des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Union – Bedenken gegen den “gewöhnlichen Aufenthalt” als Kriterium für das anwendbare Erbrecht. In: HANAU, Peter; SCHMITZ, Peter; SCHRÖDER, Rainer. *Notar als Berufung*. Festschrift für Stefan Zimmermann zum 60. Geburtstag am 18. März 2010. Bonn: Deutscher Notarverlag, 2010, p. 165-176; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 40-41 e 44-45; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 174-175; SCHEUBA, Elisabeth. Aus der Praxis: die Rechtswahl im Erbrecht wirft ihre Schatten voraus. *Ecolex*. Heft 3, 2014, p. 211-212 e 214; SONNENTAG, Michael. Das europäische internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt. *EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heft 11, 2012, p. 460, 462 e 465-469; VOLMER, Michael. Die EU-Erbrechtsverordnung – erste Fragen an Dogmatik und Forensik. *Rpfleger Der Deutsche Rechtspfleger*. 2013, p. 603 e 605.

<sup>52</sup> KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, p. 26.

<sup>53</sup> Vide KINDLER, P. Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 1, 2010, p. 44-50, 47.

habitual em um Estado) e não no que os separa (as nacionalidades de Estados diferentes) (*argumento da lei do grupo*).

3ª) A opção da UE pela última residência habitual do falecido favorece a *correlação entre o fórum e o ius (Gleichlaufzwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht)*: Em virtude do artigo 4 RES (a residência habitual como foro de competência judicial internacional) e do artigo 21.1 RES (a residência habitual como fator de conexão), a competência judicial internacional e a lei aplicável em matéria sucessória coincidem e, portanto, os tribunais aplicarão suas próprias leis a estes casos<sup>54</sup>. Como indica o Considerando 27 RES, “As disposições do presente Regulamento são concebidas a fim de assegurar que a autoridade que trata da sucessão aplique, na maior parte das situações, o seu direito interno [...]”. Assim são evitados posteriores e complexos problemas de aplicação, como o reenvio ou o tratamento processual do Direito estrangeiro. A *Gleichlauf* serve para dar segurança jurídica e para racionalizar o Direito. Ao permitir que o procedimento seja mais rápido, aumenta a qualidade das decisões, representa economia de recursos para as partes e evita problemas de coordenação entre o Direito material e o Direito processual<sup>55</sup>.

4ª) A opção pela residência habitual do falecido ao tempo do óbito, que costuma coincidir com a residência habitual do outro cônjuge na maioria dos casos, favoreceria também a *correlação entre a lei aplicável às sucessões causa mortis e a lei aplicável aos regimes econômico-matrimoniais*, quando esta última for, diante da carência da autonomia da vontade ou como conexão única, a lei de residência habitual comum<sup>56</sup>. Graças ao RES, o juiz

<sup>54</sup> WALTHER, Bianca. *Der Gleichlaufgrundsatz – Abkehr oder Rückkehr? Eine kritische Auseinandersetzung mit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren aus deutscher und europäischer Sicht*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013, p. 167 e ss.

<sup>55</sup> GEIMER, Reinhold. Gedanken zur europäischen Rechtsentwicklung. Von der Donaumonarchie zur Europäischen Union. *Notariats Zeitung*. Heft 16, 2012, p. 76; GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 48-49 e 150; MANKOWSKI, Peter. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015, p. 41; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 173; SONNENTAG, Michael. Das europäische internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt. *EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heft 11, 2012, p. 460; WILKE, Felix M. Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW Recht der internationalen Wirtschaft*. Heft 9, 2012, p. 604-605.

<sup>56</sup> A *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes*, Bruxelas, 2.3.2016 COM(2016) 106 final, prevê que os cônjuges ou futuros cônjuges possam, em determinadas condições, submeter seu regime econômico-matrimonial à lei do Estado onde ambos ou um deles residirem habitualmente, ao tempo da conclusão do acordo (art. 22.1, letra a)]. Mesmo assim prevê que, diante da falta de autonomia da vontade, a lei que rege o regime econômico-

da última residência habitual comum do falecido não apenas será competente, mas aplicará sua própria lei material tanto ao regime econômico-matrimonial quanto à própria sucessão *causa mortis*. Isto simplifica extraordinariamente o trabalho do juiz; já que a dissolução do regime econômico-matrimonial é uma tarefa prévia à delação hereditária que supõe, em ocasiões difíceis, problemas de adaptação que não ocorreriam aqui; já que são extraídas de um mesmo ordenamento jurídico estatal tanto as normas jurídicas reguladoras do regime econômico-matrimonial quanto as sucessórias. Ambos os grupos normativos responderiam a princípios coerentes.

5ª) Um argumento de caráter político apóia na atualidade o recurso à última residência habitual e não à nacionalidade, como fator de conexão para as sucessões *causa mortis*. Como observa a melhor doutrina, a *nacionalidade* é um fator de conexão muito vinculado à noção de soberania estatal que substituiu o domicílio nas codificações estatais do século XIX, sob a forte influência do *princípio das nacionalidades* e da formação de novos Estados europeus<sup>57</sup>. Portanto, cabe questionar o sentido de conservar o fator de conexão “nacionalidade” em Estados envolvidos em um processo de integração supranacional, que estão empenhados em construir um espaço judicial europeu no qual existe uma “regressão” do princípio da nacionalidade e uma “erosão” da ideia de soberania estatal<sup>58</sup>. Enquanto cabe questionar se a “nacionalidade” como fator de conexão acaba discriminando pessoas que residem em um

25

---

matrimonial será, em primeiro lugar, a lei do Estado de sua primeira residência habitual comum depois da celebração do casamento (art. 26.1, letra a)]. Finalmente, em casos excepcionais, diante da ausência da autonomia da vontade, admite-se que um dos cônjuges solicite ao juiz a aplicação da lei de um Estado distinto, no qual os cônjuges tenham residido por muito tempo (art. 26.3, letra a)]. Por outra parte, a *Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of the property consequences of registered partnerships*, Bruxelas, 2.3.2016 COM(2016) 107 final, contempla dois supostos de aplicabilidade da lei do Estado de residência habitual do casal registrado ou, pelo menos, de um deles: quando se submeterem a essa lei (art. 22.1, letra a)] e, diante da ausência da autonomia da vontade, quando for decidido por uma autoridade judicial, perante a qual será provado que o casal teve sua última residência habitual comum em um Estado diverso ao do registro (art. 26.2, letra a)]. Vide BIAGIONI, Giacomo. L'ambito di applicazione del Regolamento sulle successioni. In: FRANZINA, Pietro; LEANDRO, Antonio (Eds.). *Il Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni Mortis Causa*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 25-58, 49-52; DENGEL, Katja. *Die europäische Vereinheitlichung des internationalen Ehegüterrechts und des internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014; DÖBEREINER, Christoph. Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht. *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*. n. 6, 2011, p. 463-467.

<sup>57</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 30; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 44-45.

<sup>58</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 30; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 45.

mesmo Estado, a “residência habitual” gera precisamente o efeito contrário: tem melhor correspondência do que a nacionalidade com a ideia de integração europeia e faz com que todas as pessoas que moram no mesmo Estado estejam submetidas ao império da mesma lei<sup>59</sup>. Nestas circunstâncias, não faz sentido manter a importância jurídica que a conexão “nacionalidade” tinha no âmbito das relações familiares e sucessórias internacionais<sup>60</sup>.

6ª) Finalmente, a “nacionalidade” é; às vezes, uma conexão inexistente (caso da apatridia), impraticável (caso dos refugiados) ou indeterminada (caso das duplas nacionalidades). Pelo contrário, afirmam certos autores, é mais difícil que estes problemas de aplicação ocorram com a “residência habitual”: bem compreendida. Cabe presumir que toda pessoa física tem uma residência habitual e, além disso, que tem apenas uma residência habitual<sup>61</sup>. Esta não é uma opinião pacífica. Pelo contrário, a maioria da doutrina concorda que a “residência habitual” é uma noção maleável, que se adapta às necessidades do caso e aos objetivos do legislador. Já a noção de “nacionalidade” é rígida e inflexível (se tem ou não uma determinada nacionalidade)<sup>62</sup>. Mas, muito diferente disto é que, com certeza, no futuro veremos casos nos quais determinar exatamente a residência habitual do falecido será tão difícil como hoje é averiguar a nacionalidade efetiva, independentemente da qualidade e do caráter prático da definição de residência habitual utilizada<sup>63</sup>.

Cabe questionar se a *nacionalidade* não é um fator de conexão melhor do que a *residência habitual* para regular as sucessões *causa mortis* quando se pretende assegurar a

<sup>59</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 41-42; KINDLER, P. Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 1, 2010, p. 47; MANSEL, Heinz-Peter. Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze. In: ARKAN, Sabih; YONGALIK, Aynur; SIT, Basak (Eds.). *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan*. Ankara: Turhan, 2006, p. 185-225, 210.

<sup>60</sup> DÖRNER, Heinrich. Das Grünbuch “Erb- und Testamentsrecht” der Europäischen Kommission. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*. 2005, p. 137-138, 138.

<sup>61</sup> Vide ROHE, Mathias. Staatsangehörigkeit oder Lebensmittelpunkt? – Anknüpfungsgerechtigkeit im Lichte neuerer Entwicklungen. In: ENGEL, Christoph; WEBER, Helmut (Eds.). *Festschrift für Dietrich Rothoef zum 65. Geburtstag*. München: Jehle-Rehm, 1994, p. 1-39, 19 e 21.

<sup>62</sup> Vide BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 82.

<sup>63</sup> Vide GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 46.

continuidade e a permanência das situações jurídicas<sup>64</sup>. Este é um argumento importado da tradicional polêmica entre *domicílio* e *nacionalidade* como fatores de conexão que regem as questões de estatuto pessoal. É mais fácil mudar de *domicílio* (e, portanto, de *residência habitual*) do que de *nacionalidade*. Em outras palavras, um fator de conexão facilmente alterável coloca em risco a segurança jurídica do planejamento sucessório<sup>65</sup>. Mas não se trata tanto de responder a pergunta de qual fator de conexão é mais facilmente alterável e, no caso, suscitar certos problemas de aplicação (conflito móvel, fraude à lei), como de responder à pergunta de: *o que é mais representativo da união de um indivíduo a um país*. Se é a *nacionalidade* (= manutenção da relação com o Estado de origem), que leva à aplicação da *lex originis*, ou a *residência habitual* em um Estado, onde inicialmente se planeja morar vários anos (= reconhecimento da relação com o Estado de acolhimento, onde se pretende que ocorra uma integração social). Em certas ocasiões, esta polêmica é proposta a partir de uma *perspectiva multicultural*: Os partidários da “nacionalidade” afirmam, como fator de conexão, que o Direito é um produto cultural e que a submissão à lei da nacionalidade assegura a conexão entre a pessoa e suas raízes culturais<sup>66</sup>. Mas esta é uma meia verdade, que depende de fatores diversos (os denominados *conflitos de civilizações*, os processos de integração supranacional, a duração da estadia no exterior ou a transmissão da nacionalidade de acordo com o critério do *ius sanguinis*). Literalmente interpretado, o *princípio da nacionalidade* pode conduzir à aplicação da lei de um Estado completamente desconectado da realidade das segundas e terceiras gerações de emigrantes. Ademais, esta é uma questão insolúvel em termos abstratos, que requer duas precisões. Em primeiro lugar, só pode ser resolvida caso a caso e; mesmo assim, acaba sendo normalmente uma questão psicológica individual<sup>67</sup>. Em

<sup>64</sup> Vide BONOMI, Andrea. Article 4. In : BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions*. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 287-288; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 155-156.

<sup>65</sup> Vide KINDLER, P. Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 1, 2010, p. 47.

<sup>66</sup> Vide, sobre esta complexa questão, GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 32-36; JUNGHARDT, Anna. *Die Vereinheitlichung des Erb- und Testamentrechts im Rahmen einer europäischen Verordnung - Rom IV-VO*. Regensburg: S. Roderer, 2009, p. 60; KINDLER, P. Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 1, 2010, p. 46-47; MANSEL, Heinz-Peter. Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze. In: ARKAN, Sabih; YONGALIK, Aynur; SIT, Basak (Eds.). *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan*. Ankara: Turhan, 2006, p. 208-209.

<sup>67</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 31; DAVÌ, Angelo;



segundo lugar, a oposição entre o *critério objetivo* da residência habitual e o *critério subjetivo* da nacionalidade não deve ser exagerado; dado que, em relação a determinadas condições, o RES permite ao falecido escolher a lei desta última<sup>68</sup>. Isto permite a escolha do “melhor de ambos os mundos” (“*das Beste beider Welten*”)<sup>69</sup>.

O Considerando 37 RES determina que “Para que os cidadãos possam beneficiar, com toda a segurança jurídica, das vantagens oferecidas pelo mercado interno, o presente Regulamento deverá permitir-lhes conhecer antecipadamente qual será a lei aplicável à sua sucessão[...]”. O RES tenta, portanto, que os residentes no território da UE tenham uma relativa facilidade de planejar sua sucessão causa mortis. Na opinião do legislador europeu, a *residência habitual* do falecido no momento do óbito é a adequada: “[...]A regra principal deverá assegurar previsibilidade no que se refere à lei aplicável com a qual a sucessão apresente uma conexão estreita [...]” (Considerando 37 RES). Mas, isto é verdade? Cabe imaginar, pelo menos, *três hipóteses* nas quais é discutível que a última residência habitual seja representativa da conexão mais estreita possível entre um Estado e o falecido<sup>70</sup>. Primeira: quando uma pessoa tem simultaneamente duas ou mais residências habituais; ou seja, divide seu tempo ao longo do ano em períodos cronológicos aproximadamente iguais, durante os quais mora em diversos Estados (= pluralidade de potenciais fatores de conexão da mesma natureza jurídica). Segunda: quando uma pessoa mantém sua vinculação com seu país de origem, mesmo residindo habitualmente longos períodos de tempo em outro país, seja por motivos profissionais, de estudos, de saúde ou qualquer outro (= pluralidade de potenciais fatores de conexão de diferente natureza jurídica). *Exemplo*: Padecendo um câncer, o Sr. G. Loiseau, tabelião na Costa do Marfim desde 1953, que tinha nacionalidade francesa, mudou-se para Paris para receber cuidados médicos em 1991. Lá permaneceu até 1994, quando faleceu. Deixou uma fortuna composta bens imóveis na França e na Costa do Marfim e por

ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 45.

<sup>68</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 31; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 45-46.

<sup>69</sup> STÜRNER, Michael. *Deutsch-italienische Erbfälle unter der kommenden Europäischen Erbrechtsverordnung. Jahrbuch für Italienisches Recht*. Heft 26, 2013, p. 59-80, 75.

<sup>70</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 32; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 46-47.

dinheiro administrado por um trustee nas Ilhas Cayman. Mediante testamento hológrafo, instituiu como legatária sua esposa e como herdeiros seus três filhos. A viúva pretendia um quarto da sucessão, como legatária, e o usufruto dos três quartos que lhe conferiam a lei francesa. Mas, seria esta aplicável? O debate durante o processo esteve centrado na identificação do domicílio sucessório do falecido que permitia determinar a lei sucessória. A *Cour d'appel* de Paris estimou que tudo levava a acreditar que o falecido tinha desejado conservar seu domicílio na Costa do Marfim. Tinha mantido seu apartamento na cidade de Abidjan, pagava sua previdência social e tinha incluído Abidjan como seu domicílio na declaração de imposto de renda. A sentença da *Cour de cassation*, tão importante quanto polêmica, compartilhou este ponto de vista. A residência do falecido na França era, a este efeito, inoperante, mesmo tendo se prolongado por anos<sup>71</sup>. Terceira: por último, quando o falecido, que morou por longo tempo em um país, muda de residência habitual para outro logo antes de seu falecimento (= potencial conflito móvel ou fraude à lei).

Uma *definição* da noção de “residência habitual” no texto articulado era *necessária, possível e desejável*. Era uma tarefa *necessária*; porque, como mostram as pesquisas de Direito comparado, os juízes e os autores atribuem a essa noção conteúdos diferentes e, em certas ocasiões, incompatíveis. É verdade que uma definição pode, ao final, ser perigosa; mas também resulta mais perigosa a ausência de definição em certas ocasiões. Esta é uma delas: quando o Direito comparado destaca a existência de grandes diferenças entre os ordenamentos jurídicos, como ocorre, por exemplo, com a residência habitual dos recém-nascidos ou a caracterização do *animus manendi*. Era uma tarefa *possível*. A própria UE demonstrou em alguns Considerandos do RES que devia ter sido incluído no texto. Só assim ninguém teria se atrevido a discutir o caráter vinculante dos critérios contidos. Mas, principalmente, a UE podia ter aproveitado, por um lado, as definições de algumas legislações nacionais e, por outro, a existência de uma importante jurisprudência europeia e estatal. *At last but not least*, era uma tarefa *desejável*; porque, como mostram os primeiros comentários publicados sobre o RES, muitas das discrepâncias atuais e previsíveis podem ser evitadas, se o conteúdo do conceito for definido antes.

<sup>71</sup>Cour de cassation 7 de dezembro de 2005, *Ver crit dr int priv*, 95/3, 2006, pp. 583-596, com nota de GODECHOT-PATRIS.

## 1.2 A Cláusula de Exceção

### 1.2.1 Conceito e Crítica

Segundo o artigo 21.2 RES, “Caso, a título excepcional, resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que, no momento do óbito, o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado cuja lei seria aplicável nos termos do nº 1, é aplicável à sucessão a lei desse outro Estado”. Trata-se de uma *cláusula de exceção* (*clause d’exception*, *clausola d’eccezione*, *Ausweichsklausel*), cuja finalidade, como foi indicado anteriormente, é prever uma solução para o caso de que, uma vez determinada a residência habitual do falecido, exista, em efeito, uma conexão mais estável e estreita com outro Estado (o que denominamos *centro de gravidade deslocado*).

A introdução desta cláusula de exceção é *surpreendente, discutível e perigosa*. Vejamos cada uma dessas características:

a) A cláusula de exceção do artigo 24.2 RES é *surpreendente*; pois não constava na proposta original de Regulamento europeu de sucessões<sup>72</sup>. Cabe então questionar qual é a *ratio legis* da introdução desta cláusula no RES. Um exemplo extraído do Considerando 25 RES oferece uma justificativa possível: “No que diz respeito à determinação da lei aplicável à sucessão, a autoridade que trata da sucessão pode, em casos excepcionais – quando, por exemplo, o falecido tenha se mudado para o Estado de sua residência habitual muito pouco tempo antes de sua morte e todas as circunstâncias do caso indiquem que tinha uma relação manifestamente mais estreita com outro Estado – chegar à conclusão de que a lei aplicável à sucessão não deverá ser a do Estado de residência habitual do falecido, mas sim a lei do Estado com o qual o falecido tinha uma relação manifestamente mais estreita [...]”. Trata-se, portanto, de um dos supostos problemáticos antes destacados: o que se produz quando o falecido vem à óbito logo depois de ter alterado sua residência de um Estado para outro. De tal forma, cabe pensar razoavelmente que as relações com o Estado de residência habitual

<sup>72</sup> Na verdade, como destaca SCHAUER, Martin. *EuErbVO Art 21*. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 175 e 179, as *cláusulas de exceção* são frequentes em outras matérias de direito internacional privado, como contratos (art. 4.3 Regulamento Roma I) ou obrigações extracontratuais (art. 4.3 Regulamento Roma II), enquanto têm pouca tradição no direito internacional privado sucessório; onde, não obstante, lembra-se o exemplo do art. 3.2, parágrafos 2 e 3, da Convenção de Haia de 1 de agosto de 1989, sobre a Lei aplicável às sucessões em caso de morte.

anterior são maiores do que com o novo Estado. Entende-se, assim, o temor do Reino Unido a que cidadãos britânicos de idade avançada adquiram uma residência habitual em países mais econômicos e com melhor clima ao tempo que sua sucessão *causa mortis* estaria submetida à outra legislação, provavelmente sem que eles mesmos soubessem, muito diferente da sua (espanhola, italiana, francesa etc.). Mas também se admite e se pretende acabar com o temor de outros Estados que – no extremo oposto ao Reino Unido – se preocupam com a possibilidade de que uma mudança de residência habitual do falecido logo antes de sua morte prejudique os direitos dos legitimados.

b) A cláusula de exceção do artigo 24.2 RES é *discutível*; por dois motivos:

(1) Como o *conceito de residência habitual* utilizado pelo RES é *global, ponderado e casuístico*; de tal forma que permite assinalar o centro gravitacional da relação sem necessidade alguma de cláusula de exceção, cuja utilidade neste contexto é nula ou insignificante<sup>73</sup>. Resulta revelador neste sentido que o Considerando 25 RES utilize um único exemplo. Na verdade, alguns autores consideram que se trata do “único exemplo de possível utilização da cláusula adotado pelo Considerando 25 do Regulamento”<sup>74</sup>. *Exemplo 1*: Como veremos, foi sugerido um possível campo de atuação do art. 21.2 RES no caso de que o falecido e sua família emigrassem a outro Estado-membro por motivos profissionais por um tempo muito limitado e com a intenção de regressar ao país de origem imediatamente depois. Entretanto, foi assinalada a possibilidade de chegar ao mesmo resultado sem acreditar que se trate de um caso do art. 21.2 RES. Bastaria uma análise minuciosa e metódica da noção de

31

<sup>73</sup> Vide sua consideração como um instrumento jurídico muito excepcional em GRESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 147, que considera a introdução do art. 21.2 RES “extraordinariamente lamentável” (*äußerst bedauerlich*); KOHLER, Christian; PINTENS, Walter. *Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012. Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. Heft 18, 2012, p. 1425-1432, 1427 e 1429; SCHAUER, Martin. *EuErbVO Art 21*. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 179.

<sup>74</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell’Unione Europea. Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 36; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 54. Neste sentido, existe toda uma linha de raciocínio entre os comentaristas do RES que consideram muito difícil que, dada a noção de “residência habitual” utilizada, exista outro lugar mais estreitamente vinculado à sucessão que o Estado de residência habitual ou, até mesmo, consideram que a cláusula de exceção carece de finalidade ou não tem nenhum âmbito de aplicação. Vide, por exemplo, LEHMANN, Daniel. *Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe. DStR Deutsches Steuerrecht*. 2012, p. 2086; VOLLMER, Peter W. *Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick. ZErB Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. 2012, p. 423; SCHAUER, Martin. *EuErbVO Art 21*. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 179.

“residência habitual” que evidenciasse a inexistência de residência habitual no Estado de acolhimento, pois o falecido não estava socialmente integrado nele, morrendo logo ao chegar (Considerando 25 RES) e o tempo entre sua chegada ao novo Estado e seu falecimento tenha sido tão curto que ele não pode perder sua residência habitual no Estado de origem nem adquirir a do novo Estado (salvo que se acredite nas “residências habituais instantâneas” [*sofortige Begründung des gewöhnlichen Aufenthalts*]) nem romper suas relações com o antigo Estado<sup>75</sup>. *Exemplo 2*: A cláusula de exceção permitiria aplicar a lei do Estado acreditante e não a lei do Estado acreditado à sucessão de um diplomata ou cônsul falecido no Estado onde estava lotado há vários anos, Pode-se razoavelmente argumentar que esta sucessão estava mais estreitamente conectada ao Estado de origem. Mas; na verdade, não é necessário. Se for admitida certa flexibilidade na determinação do conceito de última “residência habitual”, é perfeitamente possível afirmar que, a efeitos sucessórios, o agente diplomático ou consular conservava sua residência habitual em seu país de origem<sup>76</sup>.

(2) Como, no âmbito das sucessões *causa mortis*, a cláusula de exceção é *mais problemática* que em outros setores. Observa-se, com razão, que não se trata, na verdade, de dar uma localização mais idônea a uma obrigação concreta, mas de decidir sobre a sorte de todos os bens que fazem parte do patrimônio de uma pessoa ou, segundo o conceito estritamente romanístico, da continuação de sua vida<sup>77</sup>.

c) Por último, a cláusula de exceção do artigo 24.2 RES é *perigosa*; pois poderia gerar *dois efeitos indesejáveis*, incompatíveis com os objetivos do RES:

(1) A *ameaça à segurança jurídica*<sup>78</sup>. Os próprios autores do RES tinham consciência deste perigo quando manifestaram que: “[...] No entanto, a relação manifestamente mais estreita não deverá tornar-se em fator de conexão subsidiário caso se revele complexa a determinação da residência habitual do falecido no momento do óbito” (Considerando 25

<sup>75</sup> GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 147-149.

<sup>76</sup> BONOMI, Andrea. Article 4. In : BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions*. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 169-182, 175 nota 21; LAGARDE, Paul. Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions. *Revue Critique de Droit International Privé*. v. 101, n. 4, 2012, p. 691-732, 701.

<sup>77</sup> BALLARINO, Tito. Il Nuovo Regolamento Europeo sulle Successioni. *Rivista di Diritto Internazionale*. v. 96, n. 4, 2013, p. 1116-1145, 1122.

<sup>78</sup> GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 149.

RES, *in fine*)<sup>79</sup>. Com a cláusula de exceção, a determinação do Direito finalmente aplicável se torna imprevisível e dificulta o planejamento sucessório, um dos objetivos perseguidos pelo RES.

(2) *A ruptura da unidade entre o forum e o ius*<sup>80</sup>. O juiz, que se declarou competente em virtude da residência habitual do falecido no momento do óbito (artigo 4 RES), aplicará um Direito que não o seu (artigo 21.1 RES), mas o Direito de outro Estado (artigo 21.2 RES). A aplicação de um Direito material estrangeiro às questões sucessórias propostas pode suscitar problemas (como a alegação e prova do Direito estrangeiro ou o eventual recurso à exceção de ordem pública do foro) que acabem complicando, estendendo e encarecendo o correspondente processo.

Na verdade, o uso de uma *cláusula de exceção* (artigo 21.2 RES) não está justificado<sup>81</sup>. O Reino Unido não se incorporou finalmente ao sistema criado pelo RES; mas, mesmo se o tivesse feito, pouco teria a lamentar por dois motivos. Primeiro: porque seu Direito sucessório desconhece as legítimas (= o Direito aplicável, depois da mudança de residência habitual do falecido, a rigor não prejudicaria os direitos sucessórios de ninguém, pois não existem antes do falecimento do falecido). Segundo: porque, em todo caso, o Reino Unido disporia dos mesmos meios que os Estados nos quais se aplica o RES. Como destacaram certos autores, se o que se deseja é preservar o império da lei nacional, não se deve esquecer que: a) o falecido pode, sob certas circunstâncias, submeter a sucessão à lei nacional mediante a *professio iuris*. b) que, quando se pretende deserdar ilegalmente os legitimados, costuma-se realizar negócios jurídicos simulados (por exemplo: a simulação de venda a terceiros ou a conversão de parte do patrimônio hereditário em dinheiro líquido, mais fácil de ocultar, transmitir ou

<sup>79</sup> Vide DÖRNER, Heinrich. EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft! *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*. 2012, p. 505-513, 511. Contra, KUNZ, Lena. Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick. Teil I. *GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. v. 9, n. 4, 2012, p. 208-212, 210, defende o recurso sistemático à cláusula de exceção diante da impossibilidade de determinar a residência habitual do falecido.

<sup>80</sup> GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 150.

<sup>81</sup> Não se deve estranhar que GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 150, proponha simplesmente a supressão do art. 21.2 RES em uma futura reforma deste Regulamento. Para uma exposição muito interessante e antagônica à de Greeske, e que eu defendo, vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 160-161.

simplesmente fazer desaparecer). c) que o RES não impede os Estados acudir à fraude à lei ou à exceção de ordem pública<sup>82</sup>.

Em resumo, o RES cria um novo problema: a difícil relação entre os dois parágrafos do artigo 21 (*Spannungsverhältnis*)– para resolver outro problema (o ocasionado pela última residência habitual do falecido, quando a sucessão *causa mortis* está mais conectada em geral com outro Estado) que podia ter sido resolvida mediante mecanismos jurídicos contemplados no próprio RES ou nas legislações de seus Estados-membros<sup>83</sup>. O resultado final do art. 21.2 RES não é uma melhora na atenção aos interesses do falecido ou das pessoas envolvidas na herança, mas representa o perigo de que o tribunal aplique um Direito diferente ao esperado pelos afetados<sup>84</sup>.

### 1.2.2 Pressupostos e Consequências Jurídicas

Para entender como funciona a cláusula de exceção do art. 21.2 RES, deve ser feita uma distinção entre:

a) *Pressupostos*. A cláusula de exceção é uma *anomalia específica* dentro de um sistema de Direito Internacional Privado sucessório. É possível recorrer a ela quando se observam cumulativamente estes *três requisitos*: Primeiro: Inexistência de *professio iuris*. Apenas quando o falecido não houver escolhido a lei aplicável à sucessão *causa mortis* ou esta escolha não for válida, caberá a possibilidade de utilizar a cláusula de exceção do art. 21.2 RES<sup>85</sup>. Segundo: interpretação *restritiva* da cláusula de exceção. Não se pode equiparar a inexistência da última residência habitual com a dificuldade de determinação da última residência habitual<sup>86</sup>. Esta advertência se encontra no Considerando 25 RES, *in fine*: “[...] No

<sup>82</sup> DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell’Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013, p. 37; DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014, p. 55.

<sup>83</sup> SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz’sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 179.

<sup>84</sup> GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014, p. 150.

<sup>85</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 162.

<sup>86</sup> CACH, Christopher; WEBER, Alexander. Das Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Bestimmung des Erbstatuts ab 2015: zugleich eine Anmerkung zu 3 Ob 162/13 i. *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*. v. 9, n. 4, 2014, p. 165; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio*

entanto, a relação manifestamente mais estreita não deverá tornar-se em fator de conexão subsidiário caso se revele complexa a determinação da residência habitual do falecido no momento do óbito”. Terceiro: É necessário que de “todas as circunstâncias do caso” fique claro que “o falecido mantinha uma relação manifestamente mais estreita com um Estado diferente do Estado” da sua última residência habitual. Se esta conclusão não se deriva de “todas as circunstâncias do caso” (não apenas algumas) ou se existe alguma conexão com outro Estado, mas esta não for a “relação manifestamente mais estreita”, a cláusula de exceção do art. 21.2 RES não pode operar. Alguns autores sugeriram suposto nos quais a sucessão estaria mais conectada a um Estado diferente ao da residência habitual. *Exemplo*: Se o falecido emigrou com toda sua família por motivos profissionais, mas sua residência habitual no Estado de acolhimento devia estar limitada de antemão a um período de tempo determinado e a família quisesse regressar depois para o país de origem, o centro de gravidade da situação se encontraria neste último<sup>87</sup>.

b) *Consequências jurídicas*. Primeira: É um mecanismo jurídico *subsidiário*. Não se pode usar a cláusula de exceção para realizar os objetivos do RES quando estiverem disponíveis outros instrumentos jurídicos que os garantam. Assim, por exemplo, quando o falecido transferir sua residência pouco antes de sua morte para outro país onde as leis forem muito diferentes às do Estado de sua última residência habitual e elaborar testamento, caberá a possibilidade de alegar fraude à lei. Mas, para isto, deverá ser usada a exceção de fraude à lei, contemplada em algumas legislações internas se as circunstâncias concretas do caso permitirem. O que não pode ser feito é recorrer sistematicamente à cláusula de exceção do art. 21.2 RES em casos deste tipo.

Segunda: A aplicação da cláusula de exceção do art. 21.2 RES tem um efeito negativo e outro positivo. O *efeito negativo* é a não aplicação da legislação do Estado de última residência habitual do falecido. O *efeito positivo* é a aplicação da lei de outro Estado com o qual o caso estiver manifestamente mais conectado, como poderia ser a lei do Estado de origem, a lei da nacionalidade coincidente com a do Estado de sua residência “não habitual” ou a *lex rei sitae* do Estado onde se encontram seus principais bens.

2012: Análisis crítico. Granada: Comares, 2014, p. 161; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO*: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 180.

<sup>87</sup> DÖRNER, Heinrich. EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft! *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*. 2012, p. 511.



c) *Tratamento processual*. A cláusula de exceção (art. 21.2 RES) não é apenas uma exceção que deve ser interpretada restritivamente, mas tem que ser *minuciosamente motivada*. O juiz tem que explicar detalhadamente as razões que o levaram a concluir que a situação está mais conectada a um Estado diferente ao da residência habitual, quais são as provas que o apoiam, que se observam todos os pressupostos e que estão justificadas as consequências jurídicas que atribui à sucessão<sup>88</sup>.

Não está claro, por outro lado, se a cláusula de exceção deve ser alegada por uma parte para ser aplicada pelo juiz ou se ele pode agir de ofício<sup>89</sup>. Alguns autores defendem que se trata de possibilidades processuais que não são excludentes. Diante do silêncio do RES, bastaria que o juiz ou uma das partes tomasse a iniciativa, dado que *ubilex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (Digesto, 6, 2, 8)<sup>90</sup>.

## REFERÊNCIAS

36

ALBRECHT, Philipp. *Die steuerliche Behandlung deutsch-englischer Erbfälle*. Köln: Carl Heymann, 1992.

BAETGE, Dietmar. Auf dem Weg zu einem gemeinsamen europäischen Verständnis des gewöhnlichen Aufenthalts – Ein Beitrag zur Europäisierung des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts. In: BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

\_\_\_\_\_. *Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994.

<sup>88</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 162-165.

<sup>89</sup> A favor de uma aplicação de ofício vide BONOMI, Andrea. Article 4. In : BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions*. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Bruxelles: Bruylant, 2013, p. 293; SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015, p. 182.

<sup>90</sup> Vide CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014, p. 163-164; CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014, p. 578.

BAETGE, D.; HEIN, J. von; Von HINDEN, M. (Hrsg.). *Die richtige Ordnung. Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

BALLARINO, Tito. Il Nuovo Regolamento Europeo sulle Successioni. *Rivista di Diritto Internazionale*. v. 96, n. 4, 2013.

BIAGIONI, Giacomo. L'ambito di applicazione del Regolamento sulle successioni. In: FRANZINA, Pietro; LEANDRO, Antonio (Eds.). *Il Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni Mortis Causa*. Milano: Giuffrè, 2013.

BONOMI, Andrea. Article 4. In : BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions*. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Bruxelles: Bruylant, 2013.

BONOMI, Andrea; ÖZTÜRK, Azadi. Auswirkungen der Europäischen Erbrechtsverordnung auf die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung deutsch-schweizerischer Erbfälle. *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. v. 114, n. 1, 2015.

37

BONOMI, Andrea; WAUTELET, Patrick (Eds.) *Le droit européen des successions*. Commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012. Bruxelles: Bruylant, 2013.

BUSCHBAUM, Markus. Die künftige Erbrechtsverordnung: Wegbereiter für den Acquis im europäischen Kollisionsrecht. In: MANSEL, Heinz-Peter; BECKMANN, Roland Michael; MATUSCHE-BECKMANN (Hrsg.). *Weitsicht in Versicherung und Wirtschaft*. Gedächtnisschrift für Ulrich Hübner. Heidelberg: C. F. Müller, 2012.

CACH, Christopher; WEBER, Alexander. Das Kriterium der Staatsangehörigkeit bei der Bestimmung des Erbstatuts ab 2015: zugleich eine Anmerkung zu 3 Ob 162/13 i. *Zeitschrift für Familien- und Erbrecht*. v. 9, n. 4, 2014.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; DAVÌ, Angelo; MANSEL, Heinz-Peter (Eds.). *The European Succession Regulation: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012: Análisis crítico*. Granada: Comares, 2014.

CARTER, P. B. Domicil: The Case for radical Reform in the United Kingdom. *The International and Comparative Law Quarterly*. v. 36, n. 4, 1987.

CASTELLANOS RUIZ, E. Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre sucesión internacional. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (Eds.). *Derecho Internacional Privado*. 15. ed. v. II. Granada: Comares, 2014.

CAVERS, David F. "Habitual Residence": A Useful Concept? *The American University Law Review*. v. 21, 1972.

\_\_\_\_\_. *The Choice of Law*. Selected Essays 1933-1983. Durham: Duke University, 1985.

CITTADINI, Manuela. L'orientamento della Corte di Giustizia in materia di residenza a fini fiscali. *Giurisprudenza Italiana*. n. 4, 2002.

DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. *Il Nuovo Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni*. Turim: Giappichelli, 2014.

DAVÌ, Angelo; ZANOBETTI, Alessandra. Il Nuovo Diritto Internazionale Privato delle Successioni nell'Unione Europea. *Cuadernos de Derecho Transnacional*. v. 5, n. 2, 2013.

DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015.

DENGEL, Katja. *Die europäische Vereinheitlichung des internationalen Ehegüterrechts und des internationalen Güterrechts für eingetragene Partnerschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2014.

DÖBEREINER, Christoph. Das internationale Erbrecht nach der EU-Erbrechtsverordnung. *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*. n. 5, 2013.

\_\_\_\_\_. Der Kommissionsvorschlag für das internationale Ehegüterrecht. *Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins*. n. 6, 2011.

DÖRNER, Heinrich. Das Grünbuch “Erb- und Testamentsrecht” der Europäischen Kommission. *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*. 2005.

\_\_\_\_\_. EuErbVO: Die Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht ist in Kraft! *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge*. 2012.

DUTTA, Anatol. Die europäische Erbrechtsverordnung vor ihrem Anwendungsbeginn: Zehn ausgewählte Streitstandsminiaturen. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. v. 35, n. 1, 2015.

ENGEL, Christoph; WEBER, Helmut (Eds.). *Festschrift für Dietrich Rothoefl zum 65. Geburtstag*. München: Jehle-Rehm, 1994.

ERMAN, Walter. *BGB: Kommentar*. 14. ed. Köln: Schmidt, 2014.

FENTIMAN, Richard. Domicile Revisited. *The Cambridge Law Journal*. v. 50, n. 3, 1991.

FRANZINA, Pietro. Articles 83 & 84. In: CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis; DAVÌ, Angelo; MANSEL, Heinz-Peter (Eds.). *The European Succession Regulation: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

FRANZINA, Pietro; LEANDRO, Antonio (Eds.). *Il Diritto Internazionale Privato Europeo delle Successioni Mortis Causa*. Milano: Giuffrè, 2013.

FUCIK, Robert. Art 83 und Art 84. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015.

GEIMER, Reinhold. KG, 03-03-1987 – 1 VA 6/86: Maßgebender Zeitpunkt für das auf ausländische Urteile anzuwendende Anerkennungsrecht. *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 10, 1988.

\_\_\_\_\_. Gedanken zur europäischen Rechtsentwicklung. Von der Donaumonarchie zur Europäischen Union. *Notariats Zeitung*. Teil 16, Heft 3, 2012.

GREESKE, Marion. *Die Kollisionsnormen der neuen EU-Erbrechtsverordnung*. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2014.

GUTZLER, Helmut. LG Hamburg, 10. 10. 1947 - 3 R 447/47: LG Hamburg Zwischen, Urteil vom 10. 10. 1947 - 3 R 447/47. *Neue Juristische Wochenschrift*. Heft 4, 1949.

HARMS, Wolfgang et al. (Hrsg.). *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht*. Festschrift für Hörst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.

HEINIG, Jens. Rechtswahlen in Verfügungen von Todes wegen nach der EU-Erbrechts-Verordnung. *Rheinische Notar-Zeitschrift*. Heft 5, 2014.

HENRICH, Dieter. Bericht zu OLG Hamm 13.3.1989. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 1990.

\_\_\_\_\_. Der Domizilbegriff im englischen Internationalen Privatrecht. *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 25. Jahrg, Heft 3/4, 1960.

HOHLOCH, Gerhard. Kommentierung der EuErbRVO. In: ERMAN, Walter. *BGB: Kommentar*. 14. ed. Köln: Schmidt, 2014.

JUNGHARDT, Anna. *Die Vereinheitlichung des Erb- und Testamentrechts im Rahmen einer europäischen Verordnung - Rom IV-VO*. Regensburg: S. Roderer, 2009.

KANZLEITER, Rainer. Die Reform des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Union – Bedenken gegen den “gewöhnlichen Aufenthalt” als Kriterium für das anwendbare Erbrecht. In: HANAU, Peter; SCHMITZ, Peter; SCHRÖDER, Rainer. *Notar als Berufung*. Festschrift für Stefan Zimmermann zum 60. Geburtstag am 18. März 2010. Bonn: Deutscher Notarverlag, 2010.

KINDLER, P. Vom Staatsangehörigkeits- zum Domizilprinzip: das künftige internationale Erbrecht der Europäischen Union. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 1, 2010.

KOHLER, Christian; PINTENS, Walter. Entwicklungen im europäischen Familien- und Erbrecht 2011-2012. *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*. Heft 18, 2012.

KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Privatrechts*. 6. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 2006.

KUNZ, Lena. Die neue Europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick. Teil I. *GPR Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*. v. 9, n. 4, 2012.

LAGARDE, Paul. La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions. *Revue Critique de Droit International Privé*. v. 78, 1989.

\_\_\_\_\_. Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions. *Revue Critique de Droit International Privé*. v. 101, n. 4, 2012.

LANGE, H. Wohnsitz und Wohnung, einheitlicher und mehrfacher Wohnsitz bei Eltern und Kindern. In: HARMS, Wolfgang et al. (Hrsg.). *Entwicklungstendenzen im Wirtschafts- und Unternehmensrecht*. Festschrift für Hörst Bartholomeyczik zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1973.

LAUTERBACH. Anmerkung zu RG 15.11.1941. *Deutsches Recht*. Ausgabe A, 1942.

LEHMANN, Daniel. Die EU-Erbrechtsverordnung zur Abwicklung grenzüberschreitender Nachlässe. *DStR Deutsches Steuerrecht*. 2012.

\_\_\_\_\_. *Die Reform des Internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV Verordnung*. Angelbachtal: Zerb-Verlag, 2006.

LEIBLE, Stefan; UNBERATH, Hannes (Hrsg.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen IPR*. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlags-Gesellschaft, 2013.

LOKIN, P. A. M. Choice-of-law rules in the European Regulation on succession: a familiar system for the Netherlands? *ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. Heft 1/6, 2015.

MANKOWSKI, Peter. § 7. Der Allgemeine Teil des deutschen Internationalen Privatrechts. In: VON BAR, Christian; MANKOWSKI, Peter. *Internationales Privatrecht*. 2. ed. v. I Allgemeine Lehren. München: C. H. Beck, 2003.

\_\_\_\_\_. Der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers unter Art. 21 Abs. 1 Eu ErbVO. *IPRax Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Heft 3, 2015.

MANN, F. A. Der „gewöhnliche Aufenthalt“ im Internationalen Privatrecht. Ein Beitrag zum Problem der Rechtsvereinheitlichung. *Juristenzeitung*. 11. Jahrg. Heft 15/16, 1956.

MANSEL, Heinz-Peter. Vereinheitlichung des Internationalen Erbrechts in der Europäischen Gemeinschaft – Kompetenzfragen und Regelungsgrundsätze. In: ARKAN, Sabih; YONGALIK, Aynur; SIT, Basak (Eds.). *Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a armağan*. Ankara: Turhan, 2006.

MAYER, Pierre; HEUZÉ, Vicent. *Droit International Privé*. 11. ed. Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso, 2014.

42

ODERSKY, Felix. Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis. *Notar*. Heft 1, 2013.

REYMANN, Christoph. Auswirkungen der EU-Erbrechtsverordnung auf das Fürstentum Liechtenstein. *ZVglRWiss Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*. Heft 1, 2015.

RIEZLER, Erwin. *Internationales Zivilprozessrecht und prozessuales Fremdenrecht*. Berlin: de Gruyter, 1949.

ROHE, Mathias. Staatsangehörigkeit oder Lebensmittelpunkt? – Anknüpfungsgerechtigkeit im Lichte neuerer Entwicklungen. In: ENGEL, Christoph; WEBER, Helmut (Eds.). *Festschrift für Dietrich Rothoefl zum 65. Geburtstag*. München: Jehle-Rehm, 1994.

RUDOLF, Claudia. Die Erbrechtsverordnung der Europäischen Union. *Österreichische Notariatszeitung*. Heft 8, 2013.

\_\_\_\_\_. EU-Erbrechtsverordnung: Übergangsvorschriften für die Wirksamkeit einer Rechtswahl und letztwilliger Verfügungen: intertemporales Kollisionsrecht. *ZfRV Europarecht, internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung*. Heft 5, 2015.

SANNA, Thomas. Steuerbefreiung bei der vorübergehenden Einfuhr von Kraftfahrzeugen aufgrund gewöhnlichen Wohnsitzes im Ausland. *European Law Reporter*. 2001.

SCHAUB, Renate. Die EU-Erbrechtsverordnung. In: MUSCHELER, Karlheinz. *Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht*. Band 3. Tübingen: Mohr Siebeck, 2013.

SCHAUER, Martin. EuErbVO Art 21. In: DEIXLER-HÜBNER, Astrid; SCHAUER, Martin (Hrsg.). *EuErbVO: Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*. Viena: Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2015.

SCHEUBA, Elisabeth. Aus der Praxis: die Rechtswahl im Erbrecht wirft ihre Schatten voraus. *Ecolex*. Heft 3, 2014.

SCHEUCHER, L. Das Haager Testamentsformabkommen. *ZfRV Europarecht, internationales Privatrecht & Rechtsvergleichung*. 1965.

43

SCHWIMANN, Michael. Das neue internationale Eherecht Österreichs. *Juristische Blätter*. 1979.

SONNENTAG, Michael. Das europäische internationale Erbrecht im Spannungsfeld zwischen der Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit und den gewöhnlichen Aufenthalt. *EWS Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*. Heft 11, 2012.

STOLL, Hans. Rezension zu Der gewöhnliche Aufenthalt im Internationalen Privatrecht. *JZ Juristenzeitung*. 1956.

STÜRNER, Michael. Deutsch-italienische Erbfälle unter der kommenden Europäischen Erbrechtsverordnung. *Jahrbuch für Italienisches Recht*. Heft 26, 2013.

SÜß, Rembert. Der Vorschlag der EG-Kommission zu einer Erbrechtsverordnung (Rom IV-Verordnung) vom 14. Oktober 2009. *ZErZ Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. 2009.

VALENTE, Maria Giuseppina. Recenti Pronunciamenti in Tema di Residenza Fiscale delle Persone Fisiche. *Diritto e Pratica Tributaria*. 2001.



VOLLMER, Peter W. Die neue europäische Erbrechtsverordnung – ein Überblick. *ZErz Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. 2012.

VOLMER, Michael. Die EU-Erbrechtsverordnung – erste Fragen an Dogmatik und Forensik. *Rpfler Der Deutsche Rechtspfleger*. 2013.

VON BAR, Christian; MANKOWSKI, Peter. *Internationales Privatrecht*. 2. ed. v. I Allgemeine Lehren. München: C. H. Beck, 2003.

WALL, Fabian. Vermeidung negativer Kompetenzkonflikte im Zuständigkeitsrecht der Artt. 4 ff EU-ErbVO: Lässt sich die Entscheidung EuGH, Urt. v. 15.11.2012 – Rs. C-456/11 zur Bindungswirkung ausländischer Prozessurteile auf die EU-ErbVO übertragen? *ZErz Zeitschrift für die Steuer- und Erbrechtspraxis*. Heft 10, 2014.

WALTHER, Bianca. *Der Gleichlaufgrundsatz – Abkehr oder Rückkehr?* Eine kritische Auseinandersetzung mit der Bestimmung der internationalen Zuständigkeit im Erbscheinsverfahren aus deutscher und europäischer Sicht. Frankfurt am Main: PL Academic Research, 2013.

WELLER, Marc-Phillipe. Der „gewöhnliche Aufenthalt“: Plädoyer für einen willenszentrierten Aufenthaltsbegriff. In: LEIBL, Stefan; UNBERATH, Hannes (Hrsg.). *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* Überlegungen zu einem allgemeinen Teil des europäischen IPR. Jena: JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlags-Gesellschaft, 2013.

WILKE, Felix M. Das internationale Erbrecht nach der neuen EU-Erbrechtsverordnung. *RIW Recht der internationalen Wirtschaft*. Heft 9, 2012.

WOLFF, Martin. *Das internationale Privatrecht Deutschlands*. 3. ed. Berlin: Springer, 1954.

Submissão: 21/10/2016  
Aceito para Publicação: 21/10/2016



## O REGIME FISCAL DAS PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS\*

## THE FISCAL REGIME OF SMALL AND MEDIUM-SIZED COMPANIES

José Casalta Nabais\*\*

**RESUMO:** O autor começa por dar conta da delimitação das micro, pequenas e médias empresas no direito da União Europeia e sua correspondência na ordem jurídica portuguesa. Depois refere algumas das situações em que a dimensão das empresas é considerada na tributação do rendimento e do consumo, destacando os regimes simplificado em IRS e em IRC e os regimes de isenção e dos pequenos retalhistas em IVA. Trata também dos incentivos fiscais mais importantes que têm por objecto as micro, pequenas e médias empresas, em que salienta os dirigidos à capitalização das empresas. Termina reflectindo sobre o actual sentido de um específico regime fiscal para as PME e a necessidade da consideração unitária do fenómeno financeiro das empresas.

**ABSTRACT:** The author starts by explaining the meaning of micro, small and medium-sized companies in EU law and the correspondent characterisation in Portuguese law. After mentioning some of the situations in which the dimension is considered as a relevant factor in the taxation of income and consumption, he emphasizes the simplified regimes in the Portuguese Personal Income Tax (IRS) and in the Portuguese Corporate Income Tax (IRC) as well as the exemption systems and small retailers taxation in VAT. It also explains the tax incentives directly pointed to the micro, small and medium-sized companies, and stresses the ones that are focused to the capitalization of the companies. In the end, the text reflects on the actual sense of a specific tax scheme for micro, small and medium companies (SME's) and the need for consideration of the phenomenon of companies as a financial unit.

**PALAVRAS-CHAVE:** Micro, Pequenas e Médias Empresas. Tributação do Rendimento e do Consumo. Incentivos Fiscais.

**KEYWORDS:** Micro, Small and Medium-sized Companies. Taxation of Income and Consumption. Tax Incentives.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A Diversidade de Empresas com Reflexo no Direito Fiscal. 1.1 A Base Jurídica e o Universo das PME. 1.2 Alusão às Empresas Transnacionais e sua Separação das Demais Empresas. 2 Aspectos do Regime Fiscal das PME. 2.1 A Consideração das PME em Sede do IRS Empresarial e do IRC. 2.2 A Consideração das PME em Sede do IVA. 2.3 As PME e os Benefícios Fiscais. 2.3.1 Os Benefícios Fiscais em Sentido Estrito e os Incentivos Fiscais. 2.3.2 Referência a Alguns Incentivos Fiscais Destinados às PME. 3 Por uma Abordagem Fiscal mais Consequente e Simples das PME. 3.1 Sentido Actual de um Específico Tratamento Fiscal das PME. 3.2 A Consideração Fiscal Unitária do Fenómeno Financeiro das Empresas. Referências.

## INTRODUÇÃO

Como consta do título da minha intervenção neste congresso internacional sobre as Pequenas e Médias Empresas (PME), cujos organizados saúdo e felicito, vou falar da consideração fiscal de que são objecto as PME em Portugal. Para o que vou começar por aludir à diversidade das empresas reconhecida no nosso ordenamento jurídico com reflexos no direito dos impostos, salientando a enorme diferença que separa as grandes empresas, e, dentro destas, as empresas multinacionais, das PME. Uma diferenciação que tem bases na Constituição portuguesa e no direito da União Europeia. Depois passaremos em revista os regimes fiscais que concretizam as especificidades das PME, que tem expressão quer no Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) empresarial e no

\* Artigo elaborado a partir da nossa participação no Congresso Internacional “As PME e o Direito”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, pelo Instituto Jurídico (IJ) e Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho (IDET), nos dias 6 e 7 de Outubro de 2016.

\*\* Catedrático associado com agregação na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, onde lecciona Direito Administrativo e Fiscal, junto ao Programa de Pós-Graduação. Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Coimbra, Portugal.

imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC), quer no Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), quer enfim em sede dos benefícios fiscais com destaque para os dirigidos à promoção do investimento produtivo. Por fim, aludiremos ao sentido actual de um regime fiscal específico para as PME, salientando a necessidade de uma consideração fiscal unitária do fenómeno financeiro das empresas.

## 1 A DIVERSIDADE DE EMPRESAS COM REFLEXO NO DIREITO FISCAL

Pois bem, a este respeito, uma importante distinção se impõe, que é a que diferencia as microempresas, as pequenas empresas e médias empresas, de um lado, e as grandes empresas, de outro lado. Muito embora aqui importe revelar a base jurídica e o universo das PME, é importante, todavia, no que às grandes empresas respeita, assinalar que dentro destas empresas há que separar as empresas transnacionais que tendem a formar um mundo à parte muito particular.

47

### 1.1 A Base Jurídica e o Universo das PME

A distinção das PME face às grandes empresas, tem uma justificação que não é difícil de encontrar, já que tem por suporte tanto a nossa Constituição como o Direito da União Europeia. Quanto à Constituição, basta lembrar, que no seu art. 86º, que tem por epígrafe «empresas privadas», se prescreve no nº 1: «[o] Estado incentiva actividade empresarial, em particular das pequenas e médias empresas...». Estabelece assim a Constituição, como princípio fundamental da constituição económica portuguesa, a obrigação do Estado incentivar ou estimular de modo particular as PME. Um incentivo ou estímulo que, ao contrário do que sucede com as cooperativas, para as quais nos termos do nº 2 do art. 85º se impõe uma obrigação de beneficiação fiscal<sup>1</sup>, não tem que ser de natureza fiscal, muito embora seja justamente a beneficiação fiscal um dos aspectos mais relevantes do tratamento fiscal que vem sendo dispensado às PME no quadro da promoção do investimento produtivo.

E o mesmo acontece com o Direito da União Europeia que parte da ideia de que as actividades desenvolvidas pelas pequenas e médias empresas são fundamentais para o

<sup>1</sup> Nestes termos: “A lei definirá os benefícios fiscais e financeiros das cooperativas, bem como condições mais favoráveis à obtenção de crédito e auxílio técnico”. Vide, quanto à razão de ser desse preceito constitucional, NABAIS, Casalta José. *Introdução Ao Direito Fiscal das Empresas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 75 e ss.

crescimento económico europeu. É que, muito embora as PME operam principalmente a nível nacional, sendo relativamente poucas as que exercem uma actividade relevante no quadro transfronteiriço da União Europeia, o certo é que as suas operações, independentemente do âmbito em que actuam, acabam sendo afectadas em diversos domínios, pelas disposições do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), tais como as relativas à fiscalidade (artigos 110.º a 113º), à concorrência (artigos 101.º a 109º) e ao direito das sociedades concretizado no direito de estabelecimento (artigos 49.º a 54º).

A que acresce a própria definição de PME da Comissão Europeia constante do art. 2º do Anexo à Recomendação 2003/361/CE, de 20 de Maio de 2003. Pois estabelece expressamente este preceito:

1) a categoria das PME é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros;

2) na categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros;

3) na categoria das PME, uma microempresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros<sup>2</sup>.

PME em relação às quais o direito comunitário não só tende a não considerar ou a considerar justificados os apoios estaduais, incluindo os concedidos por via fiscal, os incentivos fiscais, face à proibição por via de princípio dos auxílios de Estado, assim como de algum modo recomenda tais apoios aos Estados membros<sup>3</sup>. Uma consideração das PME que se encontra, de resto, em inteira consonância com o *Small Business Act*, adoptado pela Comissão Europeia em 2008 (objecto de revisão em 2011 e de uma consulta pública em

<sup>2</sup> Recomendação que foi transposta para o ordenamento nacional pelo Decreto-Lei nº 372/2007, de 6 de Novembro, em cujo anexo se define micro, pequena e média empresa em termos iguais aos da mencionada Recomendação, prescrevendo: 1 - A categoria das micro, pequenas e médias empresas é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas, cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros. 2 - Na categoria das PME, uma pequena empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 50 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 10 milhões de euros. 3 - Na categoria das PME, uma micro empresa é definida como uma empresa que emprega menos de 10 pessoas e cujo volume de negócios anual ou balanço total anual não excede 2 milhões de euros.

<sup>3</sup> Vide Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de Outubro de 2012, sobre as PME: competitividade e perspectivas de negócio.

2014)<sup>4</sup>, cujo objectivo tem sido o de facilitar a vida e de melhorar o ambiente em que operam estas empresas que, não nos podemos esquecer, constituem 99% do tecido empresarial da União Europeia, sendo que nove em cada dez de tais empresas constituem microempresas.

## 1.2 Alusão às Empresas Transnacionais e sua Separação das demais Empresas

Pois bem as PME devem distinguir-se no seu regime jurídico das grandes empresas. E isto não para que aquelas sejam objecto de um tratamento de favor, como a narrativa a tal respeito por via de regra parece sugerir, mas antes e apenas porque a diversidade face às grandes empresas que as suporta exige, por razões que se prendem com o respeito pelo princípio da igualdade e de não discriminação, a correspondente diversidade em sede do seu regime jurídico. Daí que, como veremos mais adiante, o tratamento especial dispensado às PME se imponha, de algum modo, para evitar a sua efectiva discriminação negativa.

Distinção que se revela bem mais acentuada face às grandes empresas que se apresentem como empresas transnacionais, empresas que, em rigor, há que contrapor a todas as empresas nacionais sejam estas PME ou grandes empresas. De facto, tais empresas têm a particularidade de, sendo empresas verdadeiramente globais, não disporem de uma verdadeira sede ou direcção efectiva que as reporte a um país, a um Estado, perante o qual tenham de cumprir os deveres ou obrigações da correspondente ordem jurídica.

O que as coloca numa posição de visível privilégio, já que, ao mesmo tempo que beneficiam de uma “constituição económica” de cariz essencialmente negativa, que tem esta natureza não como a conhecida constituição económica negativa do século XIX por opção ideológica do Estado, mas por verdadeira impossibilidade prática decorrente da falta de uma organização política internacional global correspondente, conseguem furtar-se aos deveres e obrigações inerentes ao funcionamento das comunidades estaduais em cujos territórios desenvolvem a sua actividade económica e obtêm os seus lucros. Assim, juntando os *commoda* económicos de uma constituição económica sem Estado aos *commoda* políticos de um Estado despojado de uma efectiva constituição económica, acabam por transferir para as

<sup>4</sup> Aoptado no seguimento da *Carta Europeia das Pequenas e Médias Empresas* de 2000 e do *Relatório do Observatório Europeu para as Pequenas e Médias Empresas* de 2003. Vide também UNIÃO EUROPEIA. *Carta Europeia das Pequenas e Médias Empresas – Selecção de Boas Práticas – 2009*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2009 e PIREs, Rita Calçada. *Tributação Empresarial: diferenciar fiscalmente as pequenas e médias empresas? Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. v. II. Coimbra: Almedina, 2010, p. 748 e ss.

demais empresas e agentes económicos os custos que a sua actividade desencadeia nas respectivas comunidades. Tais empresas, seja através da instituição de uma disciplina jurídica alternativa ou mediante uma eficaz evitação da disciplina estadual existente num quadro de novos modelos de negócios, estão a substituir na prática os Estados no seu tradicional papel de reguladores do mercado de trabalho e do emprego, do domínio dos investimentos e sua protecção, dos impostos e correspondente política fiscal, fintando assim a aplicação do direito do trabalho, do direito do investimento e do direito fiscal. Por isso, não podem continuar a ser encaradas pelos Estados como se estes, fingindo uma realidade que, em rigor, não existe mais, ainda desempenhassem cabalmente em relação a elas as suas funções<sup>5</sup>.

Num tal quadro e tendo em conta agora apenas o domínio aqui em causa, ou seja, o problema da fiscalidade, as empresas multinacionais não podem ser tributadas como as empresas nacionais através do lucro, porquanto elas tendem a não obter lucro em países com efectiva tributação, mas essencialmente em paraísos fiscais. Eis pois, porque, como já escrevemos, a nossa proposta vá no sentido de a tributação das empresas transnacionais ser totalmente repensada, pois, em relação a elas, não se deve mais procurar tributá-las com base no rendimento (lucro) complexa e sofisticadamente distribuído, em termos de verdadeiro labirinto, pela rede dos múltiplos paraísos fiscais, de modo a não pagarem nada ou quase nada.

Pelo contrário, a tributação de tais empresas deve ser perspectivada unicamente a partir de cada um dos países em que actuam, assentando numa ideia de territorialidade e tendo por base o lucro apurado segundo o princípio do país do destino, ou seja, do país em que o rendimento é consumido<sup>6</sup>, ou com base em elementos de natureza estritamente objectiva, segundo uma fórmula em que se tenha em conta o volume de vendas realizadas, o capital afecto à produção, o montante de salários pagos e, dentro deste, o do peso específico às remunerações dos membros dos corpos sociais. De facto, estas realidades são praticamente insusceptíveis de ser hospedadas nos exíguos territórios e estruturas económicas de que dispõe a generalidade dos paraísos fiscais, para além de nos proporcionarem uma base tributável para as empresas relativamente fácil de observar e em larga medida implementável

<sup>5</sup> Vide sobre estes problemas e a necessidade de lhe fazer face, FICHTER, Michael. *Reformulando o Modelo Rumo ao Fortalecimento do Controle Democrático do Poder das ETNs*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung Brasil, 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/11056.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

<sup>6</sup> *Destination-based tax* defendida por diversos autores e considerada uma tributação de bom senso por BARKER, William B. *A Common Sense Corporate Tax: the case for a destination-based, cash flow tax on corporations*. *Penn State Law Legal Studies*. Research Paper nº 1-2012. Carlisle: Pennsylvania University, 2012. No mesmo sentido, vide Micael Devereux, um crítico da actual tributação das multinacionais e do Plano BEPS que a tenta salvar.

unilateralmente pelo Estados, que não se pode considerar-se injusta nem provocadora de distorções económicas significativas<sup>7</sup>.

Por quanto vimos de dizer, compreende-se que a fiscalidade das PME se confronte basicamente com a fiscalidade das grandes empresas. Grandes empresas que, todavia, não constituam verdadeiras empresas transnacionais, uma vez que o verdadeiro problema destas é o da efectiva ausência de tributação. Por conseguinte, para termos em devida consideração aquele confronto, vamos analisar alguns dos aspectos mais relevantes que concretizam o regime fiscal das PME.

## 2 ASPECTOS DO REGIME FISCAL DAS PME

Pois bem, no que respeita ao regime fiscal das PME, podemos dizer que não há em rigor um regime fiscal específico que as tenha por destinatário em geral, como se poderia ser tentado a pensar. É certo que em relação a alguns benefícios fiscais dirigidos às empresas podemos dizer que têm por destinatário a generalidade das PME. Todavia, tirando isso, o que temos são alguns regimes relativos a algumas PME, mais especificamente relativos basicamente a micro empresas, em sede da tributação do rendimento, isto é no IRS empresarial e no IRC, e em sede da tributação do consumo, ou seja, no IVA. Pois que, quanto aos demais impostos, de que são sujeitos passivos também as empresas, não podemos falar de regimes especiais, havendo apenas, num caso ou noutro, alguns benefícios fiscais que são dirigidos às PME.

Vejamos então a consideração que as PME têm em sede do IRS e IRC, por um lado, e em sede do IVA, por outro, bem assim os principais benefícios fiscais que as têm como destinatário.

### 2.1 A Consideração das PME em sede do IRS Empresarial e do IRC

Em sede do IRS e IRC, destacam-se os chamados regimes simplificados de tributação. Regimes cuja simplificação se reporta ao momento da dinâmica da tributação constituído pela determinação do rendimento líquido empresarial e profissional em IRS (arts. 28º e 31º do Código do IRS) e pela determinação da matéria colectável em IRC (arts. 86º-A e 86º-B do

<sup>7</sup> Vide, neste sentido, ZUCMAN, Gabriel *A Riqueza Oculta das Nações*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2013, especialmente p. 134 e ss., e NABAIS, José Casalta. *op. cit.*, p. 22 e ss.



Código do IRC). É de assinalar a este respeito que o regime simplificado em IRC constitui uma reposição de 2014, uma vez que o regime simplificado, a vigorara desde 2001 em IRS e IRC, foi revogado em 2010 relativamente ao IRC.

Pois bem, a este respeito, é de começar por sublinhar que se trata de um regime optativo, pelo qual os sujeitos passivos de IRS ou de IRC, que preencham os correspondentes requisitos, podem optar, e que assenta na dispensa de contabilidade organizada ou em esta, quando exigida como acontece no IRC, não servir de base à determinação das componentes negativas do rendimento ou lucro, ou seja, dos correspondentes gastos ou perdas. Embora haja assinaláveis diferenças entre o regime simplificado das empresas singulares tributadas em IRS e o regime simplificado das empresas societárias, tributadas em IRC, como vamos ver.

A este respeito deve ser sublinhado, que o regime simplificado em IRS e o regime simplificado em IRC são diferentes quanto ao seu acesso e permanência, quanto aos requisitos a preencher, quanto aos coeficientes para o apuramento do rendimento tributável ou da matéria colectável e, ainda, por no regime simplificado do IRC se prever uma colecta mínima. Assim, em sede da opção e permanência, enquanto no IRS, conforme o disposto no n.ºs 2, 3 e 4 do art. 28.º do Código, se presume a opção pelo regime simplificado, tendo de optar-se expressamente pelo regime da contabilidade organizada (*opting out*), opção que pode ser feita ano a ano, no IRC, segundo o disposto no n.º 1 art. 86.º-A do Código, tem de se optar expressamente pelo regime simplificado, sob pena de se aplicar a tributação com base na contabilidade organizada (*opting in*), bem como permanecer no regime simplificado pelo período de três anos.

Em conformidade com os preceitos referidos, em matéria de requisitos para a opção pela tributação pelo regime simplificado, no IRS exige-se apenas que os sujeitos passivos, no exercício da sua actividade, não tenham ultrapassado no período de tributação imediatamente anterior um montante anual ilíquido de rendimentos de € 200.000 e não tenham optado pelo regime da contabilidade organizada. Já no IRC se impõe aos sujeitos passivos que: a) no período de tributação imediatamente anterior, tenham tido um montante anual ilíquido de rendimentos não superior a € 200.000; b) o total do seu balanço relativo ao período de tributação imediatamente anterior não exceda € 500.000; c) não estejam legalmente obrigados à revisão legal das contas; d) o respectivo capital social não seja detido em mais de 20%, directa ou indirectamente, por entidades que não preencham alguma das condições previstas nas alíneas anteriores, excepto quando sejam sociedades de capital de risco ou investidores de

capital de risco; e) adoptem o regime de normalização contabilística para micro-entidades aprovado pelo Decreto-Lei nº 36-A/2011, de 9 de Março<sup>8</sup>; f) não tenham renunciado à aplicação do regime nos três anos anteriores.

Quanto aos coeficientes base para o apuramento do rendimento tributável e da matéria colectável, constantes do art. 31º do Código do IRS e do art. 86º-B do Código do IRC, respectivamente, embora coincidam em geral, isso não se verifica sobretudo em relação de um lado, às vendas de mercadorias e produtos, bem como às prestações de serviços efectuadas no âmbito de actividades hoteleiras e similares, restauração e bebidas, em que o coeficiente no IRS é 0,15 e no IRC é 0,04, e, de outro lado, às prestações de serviços que não constem da tabela a que se refere o art. 151º do Código do IRS em que o coeficiente no IRS é de 35% e no RC é de 10%. Sendo de acrescentar que o coeficiente de 0,04 em IRC é objecto de redução em 50% e 25% no primeiro e segundo exercício, respectivamente, o que não acontece com o coeficiente de 0,15% em IRS. Uma diferença que, a nosso ver, não será totalmente posta em causa pelo facto de, no apuramento no IRS, haver ainda lugar à deduções à colecta, não se preverem tributações autónomas e de, em sede do IRC, se estabelecer uma matéria tributável mínima a que vamos já referir-nos<sup>9</sup>.

De facto, no regime simplificado em IRC está, pois, prevista uma colecta mínima, embora determinada através da referida fixação de uma matéria colectável mínima, o que não ocorre no regime simplificado em IRS e se explica, segundo cremos, pelo facto de as empresas que optem pelo regime simplificado em IRC estarem dispensadas do pagamento especial por conta vigente para as empresas em IRC, segundo o disposto na alínea *d*) do nº 11 do art. 106º do Código do IRC. Pois bem, nos termos dos nºs 2 e 5 do art. 86º-B do Código do IRC, o valor determinado através da aplicação dos coeficientes não pode ser inferior a 60% do valor anual da retribuição mensal mínima garantida, sendo este reduzido em 50% e 25% no período de tributação do início da actividade e no período de tributação seguinte, respectivamente. Assim, tendo em conta o montante da matéria colectável mínima, que é de €

<sup>8</sup> Exigência esta que se prende certamente com a necessidade de luta contra a evasão e fraude fiscais, já que, embora o registo contabilístico dos gastos ou perdas não conte para a determinação da matéria colectável do sujeito passivo de IRC, pode servir para o controlo cruzado da Administração Tributária relativamente a outros sujeitos passivos de IRC ou de IRS, designadamente os fornecedores e os clientes daquele.

<sup>9</sup> Pois  $60\% \times (12 \times € 505) = € 3.636$ . Sobre o novo regime simplificado em IRC, vide SILVA, Amâncio. Novo Regime Simplificado de Tributação de IRC. In: SANTOS, A. Carlos dos; VENTURA, André. *A reforma do IRC. Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*. Porto: Vida Económica, 2014, p. 153 e ss. De resto, no regime simplificado em IRC, vigente até 2010, esse coeficiente era igual ao do IRS - 0,20.

3.636, e a taxa aplicável de 17%, a colecta mínima do regime simplificado em IRC é de € 618,12<sup>10</sup>.

É de assinalar que, os coeficientes de 75% e 35% relativos a serviços e de 10% relativo aos subsídios à exploração, nos termos do n.º 10 do art. 31.º do Código do IRS, e o coeficiente de 0,04 relativo a vendas de mercadorias ou produtos e o coeficiente de 10% relativo a subsídios à exploração, nos termos do n.º 5 do art. 86.º-A do Código do IRC, são reduzidos em 50% e 25% no primeiro e segundo exercício, respectivamente.

Em relação ao regime fiscal das PME, é de aludir à verdadeira curiosidade constituída pela taxa progressiva em IRC de dois escalões (de 17% e 21%), aplicável, nos termos do n.º 1 do art. 87.º do Código do IRC, às pequenas e médias empresas, nos termos do anexo ao referido Decreto-Lei n.º 372/2007. O que significa que para estas empresas aos primeiros € 15.000 de matéria colectável se aplica a taxa de IRC de 17%. Um benefício fiscal, traduzido numa redução da taxa de IRC em 4 pontos percentuais para os primeiros € 15.000 de matéria colectável que, estamos em crer, poderia ser atribuído de uma forma pelo menos bem mais transparente através de qualquer outra técnica tributária manifestamente menos extravagante do que utilizada que, em rigor, converteu, em termos de todo incompreensíveis, um imposto por natureza proporcional num imposto progressivo<sup>11</sup>.

54

## 2.2 A Consideração das PME em sede do IVA

Também em sede do IVA há lugar para a consideração das PME. Alguns regimes especiais deste imposto aplicam-se apenas às micro empresas, como são o regime de isenção, o regime forfetário dos produtores agrícolas e o regime dos pequenos retalhistas.

<sup>10</sup> Também no direito contabilístico, que consta sobretudo do Sistema de Normalização Contabilística (SNC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de Julho, se conhecem três tipos de empresas, já que das empresas em geral se destacam as micro entidades, que podem optar pela Norma Contabilística para Micro-entidades (NC-ME), um regime simplificado criado pela Lei n.º 35/2010, de 2 de Setembro, e regulado pelo Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de Março, e as pequenas entidades, que podem optar pela Norma Contabilística e de Relato Financeiro para Pequenas Entidades (NCRFPE), segundo o art. 9.º do Decreto-Lei n.º 158/2009, na redação da Lei n.º 20/2010, de 23 de Agosto. Ora, segundo os mencionados normativos, integram: as micro entidades as que não ultrapassem dois dos limites: total de balanço - € 500.000, volume de negócios líquido - € 500.000 e número médio de empregados durante o exercício - 5; e as pequenas entidades as que ultrapassem dois dos limites: total do balanço - € 1.500.000, volume de negócios líquido: € 3.000.000 e número médio de empregados durante o exercício - 20.

<sup>11</sup> Ainda assim, uma solução menos criticável do que a que vigorou entre 2009 e 2012, em que uma taxa de reduzida de IRC de 12,5% era aplicável aos primeiros € 12.500 de todas as empresas, sendo de 25% a taxa aplicável ao escalão correspondente aos rendimentos acima do montante dos € 12.500.

Se bem que a dimensão das empresas também conte para efeitos da liquidação e cobrança do IVA, ou seja, em sede da entrega das declarações periódicas relativas às operações sujeitas e ao pagamento do imposto.

Assim acontece com a distinção respeitante aos sujeitos passivos em sede das entregas das declarações periódicas referentes às operações sujeitas a IVA e às entregas dos montantes do correspondente imposto, em que, segundo o disposto nos arts. 27º e 41º do Código do IVA, temos sujeitos passivos obrigados a entregas trimestrais e sujeitos passivos obrigados a entregas mensais, consoante tenham um volume de negócios não superior a € 650.000 ou superior a esse montante. Entregas que, para os primeiros, devem ser realizadas até ao 15º dia do 2º mês seguinte ao correspondente trimestre do ano civil, e, para os segundos, devem ter lugar até ao 10º dia do 2º mês seguinte àquele a que respeitam as operações.

Algo que se verifica também no respeitante ao chamado “IVA de caixa”. Criado pelo Decreto-Lei nº 171/2013, de 30 de Maio, e em vigor desde 1 de Outubro de 2013, este regime permite às empresas, que optem por ele, cumprir o dever de entrega do IVA ao Estado somente após boa cobrança das facturas emitidas aos clientes. Pois bem, por estes regime pelo qual podem optar os sujeitos passivos que, não tendo atingido no ano civil anterior um volume de negócios superior a € 500.000, não exerçam exclusivamente uma actividade isenta ou não integrem o regime dos pequenos retalhistas.

Todavia, os regimes do IVA em que a dimensão das empresas releva para efeitos da configuração especial deste imposto, são os referidos regimes de isenção, forfetário dos produtores agrícolas e dos pequenos retalhistas. Relativamente ao regime de isenção, constitui este, nos termos dos arts. 53º a 59º do Código do IVA, um regime especial, em que se isentam de IVA os sujeitos passivos que, não possuindo nem sendo obrigados a possuir contabilidade organizada para efeitos de IRS ou de IRC, o seu volume de negócios não ultrapasse o montante de € 10.000 ou, no caso dos pequenos retalhistas, o montante de € 12.500. Porque constitui uma isenção simples ou incompleta, pois traduz-se em o sujeito passivo de IVA não facturar e liquidar IVA a quem transmite os bens ou presta os serviços e não poder deduzir ou ser reembolsado do IVA que pagou nas correspondentes aquisições, afecta a neutralidade fiscal e económica, a característica que fez e faz do IVA uma história de sucesso. De facto, os sujeitos isentos arcam com o imposto que pagaram, convertendo-se assim em efectivos contribuintes, em vez de serem apenas meros intermediários na liquidação e cobrança de um imposto sobre os consumidores. Daí que, nos termos do art. 55º do Código do IVA, esteja

prevista a possibilidade de renúncia a esse regime e a sujeição ao regime geral, permitindo assim aos sujeitos passivos deduzir (reportar ou ver restituído) o IVA pago nas aquisições e, deste modo, repor a neutralidade<sup>12</sup>.

E o que vimos de dizer vale para o regime forfetário dos produtores agrícolas, porquanto mais não é do que o regime especial de isenção, que acabamos de versar, quando os sujeitos passivos sejam produtores agrícolas. Criado pela Lei nº 82-B/2014, de 31 de Dezembro, que aditou os arts. 59º-A a 59º-E ao Código do IVA, este regime tem de específico face ao regime de isenção o facto de os sujeitos passivos poderem solicitar à AT, verificados que estejam certos requisitos, uma compensação. O que mais não é do que uma forma de atenuar a quebra de neutralidade que a isenção simples sempre comporta.

Enfim, igualmente o regime especial dos pequenos retalhistas tem em consideração as empresas de pequena dimensão. Estão sujeitos, segundo o art. 60º do Código do IVA, a esse regime as pessoas singulares que, não possuindo nem sendo obrigadas a possuir contabilidade organizada, têm um volume de negócios que, embora superior ao do regime de isenção, não ultrapasse o montante de € 50.000. Trata-se de um regime cuja especialidade reside no afastamento do método regra de determinação do imposto a pagar, o método substractivo indirecto, que se traduz em cada sujeito passivo entregar ao Estado a diferença positiva entre o imposto facturado nas transmissões e o imposto pago nas aquisições<sup>13</sup>. Método que está, de resto, na base do sucesso do IVA, em virtude de possibilitar um controlo realizado pelos próprios sujeitos passivos e permitir às autoridades tributárias um controlo cruzado. Pois bem, o regime dos pequenos retalhistas, como regime simplificado que é, concretiza-se em essas micro empresas pagarem, sem possibilidade de qualquer direito a dedução, reporte ou restituição, o IVA correspondente a 25% do imposto que suportaram nas correspondentes aquisições de bens.

<sup>12</sup> Idêntico raciocínio subjaz à renúncia permitida, nos termos do art. 12º, a algumas das isenções simples previstas no art. 9º do Código do IVA. Porque se trata de situações em que a isenção tem por base razões de praticabilidade, isto é dificuldades que se prendem sobretudo com os próprios sujeitos passivos, compreende-se que que a estes seja dada a possibilidade de as ultrapassar.

<sup>13</sup> Um resultado que, estamos em crer, não seria muito diferente do apurado com base no método substractivo directo, em que o IVA a pagar por cada sujeito passivo seria igual ao obtido pela aplicação da correspondente taxa à diferença positiva entre a matéria colectável apurada nas transmissões de bens e prestação de serviços e a matéria colectável que serviu de base à liquidação do IVA nas correspondentes aquisições.

## 2.3 As PME e os Benefícios Fiscais

A este respeito é de começar por fazer uma distinção da maior importância e significado em sede dos benefícios fiscais, separando os benefícios fiscais estáticos ou benefícios fiscais em sentido estrito dos benefícios fiscais dinâmicos, incentivos ou estímulos fiscais, para, depois nos referirmos aos incentivos fiscais que têm por destinatários as PME.

### 2.3.1 Os Benefícios Fiscais em sentido estrito e os Incentivos Fiscais

Pois bem, os benefícios fiscais em sentido estrito, dirigem-se, em termos estáticos, a situações que, ou porque já se verificaram (encontrando-se portanto esgotadas), ou porque, ainda que não se tenham verificado ou verificado totalmente, não visam, ao menos directamente, incentivar ou estimular, mas tão-só beneficiar por superiores razões de política geral de defesa, externa, económica, social, cultural, religiosa, etc. Já os segundos visam incentivar ou estimular determinadas actividades, estabelecendo, para o efeito, uma relação entre as vantagens atribuídas e as actividades estimuladas em termos de causa-efeito.

Por conseguinte, enquanto nos benefícios fiscais em sentido estrito a causa do benefício é constituída pela situação ou actividade em si mesma, característica que facilita a tendência para a sua perpetuidade, nos incentivos ou estímulos fiscais a causa encontra-se estritamente vinculada à adopção futura do comportamento beneficiado o exercício futuro da actividade fomentada, o que permite estabelecer prazos para os mesmos<sup>14</sup>. Configuração da realidade que nos permite ver nestes últimos benefícios fiscais uma contrapartida, em sede fiscal, das diversas e multifacetadas contribuições que os beneficiados, que não podemos esquecer serão as empresas singulares ou societárias, realizam em sede económica e social a favor da comunidade nacional, entre as quais se contam naturalmente detenção de futuras receitas fiscais.

É de sublinhar que, embora tais benefícios fiscais se configurem, ao menos à primeira vista, como todos os benefícios fiscais, «despesas fiscais», justamente porque incentivam ou estimulam actividades que, de outro modo, não chegariam a ter lugar, vão efectivamente

<sup>14</sup> Sendo certo que por imposição legal os benefícios fiscais devem ter natureza temporária, como consta do n.º 1 do art. 3.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais (EBF), que sujeita ao prazo de caducidade de cinco anos a maior parte dos benefícios fiscais.

originar um aumento das receitas fiscais no futuro, as quais terão por suporte o resultado económico dessas actividades. Por isso mesmo, numa tal situação, estamos, em rigor, perante despesas fiscais impróprias ou despesas fiscais aparentes já que são produtivas de receitas futuras<sup>15</sup>. Uma ideia que deve estar presente na interpretação e aplicação dos n.ºs 3 e 4 do art. 2.º do EBF, em que, respectivamente, se consideram despesas fiscais os benefícios fiscais e se prevê a possibilidade de se exigir aos contribuintes a declaração dos benefícios fiscais que não sejam gerais e automáticos.

Daí que, em geral, a política concretizada na atribuição de benefícios fiscais, que frequentemente vem sendo utilizada para desenvolver certos sectores produtivos ou actividades económicas, bem como para apoiar determinados grupos sociais, por razões que se prendem com a transparência, a oportunidade e a eficácia, deve ser tendencialmente substituída pela política concretizada em gastos públicos. Por razões de transparência, porque a inclusão desses apoios económicos e sociais no Orçamento do Estado leva à sua explicitação como gastos públicos, o que permite aos cidadãos conhecer directa e especificamente o seu montante sem esbarrar no véu de opacidade constituído pela legislação fiscal que estabelece e recorta os benefícios fiscais. Por razões de oportunidade, porque os compromissos implicados na inclusão desses gastos públicos no Orçamento do Estado se reportam ao correspondente período financeiro, carecendo os mesmos de renovação e justificação em cada ano económico, não permanecendo assim na legislação como acontece com a generalidade das isenções, deduções, reduções da taxa ou bonificações fiscais que, mesmo quando não se mantêm indefinidamente, sobrevivem muito para além do período temporal que é adequado à sua utilidade e carácter extraordinário. E por razões de eficácia, porque os gastos públicos podem ser focados e concentrados naqueles sectores ou actividades económicas que enfrentem específicos problemas de falta de procura ou naqueles grupos sociais que se apresentem particularmente necessitados numa determinada situação.

Por conseguinte, a crítica generalizada que hoje em dia é feita à verdadeira «indústria dos benefícios fiscais», em virtude de estes se apresentarem como puras despesas fiscais que privilegiam certos grupos mais poderosos ou influentes, concretizando assim uma verdadeira

<sup>15</sup> V. neste sentido MARTINS, Guilherme Waldemar Oliveira. *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 93 e ss.

redistribuição invertida do rendimento e da riqueza, não seja extensível, e portanto não tenha razão de ser, relativamente aos verdadeiros incentivos ou estímulos fiscais<sup>16</sup>.

Compreende-se assim que os incentivos fiscais, que não raro assumem carácter selectivo ou mesmo altamente selectivo, tenham carácter temporário, bem como a liberdade do legislador, mormente para conceder uma margem de livre decisão à administração tributária, tenha necessariamente de ser maior do que aquela de que dispõe em sede dos benefícios fiscais estáticos. Daí que os incentivos ou estímulos fiscais constituam benefícios fiscais dependentes de um acto de reconhecimento, seja este um acto de reconhecimento unilateral, um acto administrativo, como é tradicional, seja mesmo um contrato, caso em que temos benefícios fiscais dependentes de reconhecimento bilateral ou contratual, apresentando-se, assim, como benefícios fiscais contratuais<sup>17</sup>.

Ora, o nosso sistema fiscal conhece uma diversificada panóplia de benefícios fiscais, a maioria dos quais sem a menor justificação, já que, para além de tornar o sistema fiscal complexo e de difícil aplicação, contribui também para o seu carácter injusto ou iníquo. O que tem conduzido à preocupação presente dos governos suportada, de resto, em amplo consenso doutrinal, no sentido de eliminar muitos dos benefícios fiscais, reduzindo assim a correspondente despesa fiscal, e de proceder à simplificação da aplicação dos que, apesar de tudo, se justifique a sua manutenção, como os que se apresentam como verdadeiros incentivos à actividade produtiva.

Refira-se que, no respeitante aos Estados membros da União Europeia, os benefícios fiscais atribuídos às empresas constituem, por via de regra, auxílios de Estado, sendo em princípio interditos em tributo à política da concorrência orientada para a criação e funcionamento do mercado interno, nos termos dos art.s 107º a 109º do TFUE. Uma interdição que, como se compreende, conhece excepções entre as quais se contam os auxílios

<sup>16</sup> Redistribuição invertida que constitui um dos mais visíveis e nefastos segmentos em que se concretiza o fenómeno que, desde há anos, vimos designando por «apartheid fiscal». Vide, a este respeito, por todos, NABAIS, Casalta José. *Direito Fiscal*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p. 509 e ss., e NABAIS, Casalta José. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, Casalta José; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 36 e ss. Para uma crítica mais sistémica aos benefícios fiscais, ou, mais em geral, à extrafiscalidade, vide SILVA, Suzana Tavares da. Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Trajectórias de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico – FDUC, 2013, p. 127 e ss.

<sup>17</sup> O que não surpreende nos tempos que correm em que a administração por contrato (*government by contract*), se tornou corrente no direito público em geral. Uma antítese que, pela própria natureza das coisas, não poderá durar muito, impondo-se uma síntese que reequilibre os poderes do Estado e da sociedade de molde a que aquele não se converta num Estado exíguo ou indigente nas mãos da empresas transnacionais.



às PME que, naturalmente, não devem ser tratadas como as grandes empresas. Daí que os auxílios de Estado de certas categorias, nos quais se integram os benefícios fiscais, em aplicação dos artigos 107.º e 108.º do TFUE, tenham sido declarados compatíveis com o mercado interno pelo Regulamento (UE) n.º 651/2014, de 16 de Junho de 2014, que contém o Regulamento Geral de Isenção por Categoria (RGIC), e que outros auxílios de finalidade regional, possam, preenchidas as condições previstas no art. 107º, nº 3, alíneas *a)* e *c)*, do TFUE, ser considerados compatíveis com o mercado interno pela Comissão, nos termos das Orientações Relativas aos Auxílios com Finalidade Regional (OAR)<sup>18</sup>. Um quadro normativo comunitário que não pode deixar de ser observado pelo legislador nacional ao estabelecer incentivos fiscais.

### 2.3.2 Referência a alguns Incentivos Fiscais destinados às PME

Entre os incentivos fiscais destinados às PME, temos: uns que são específicos para estas empresas, como a dedução de lucros retidos e reinvestidos (DLRR), à previsão de um *spread* especial relativo aos juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios às sociedades, a remuneração convencional do capital social e a consideração por metade do saldo entre as mais-valias e as menos-valias nom IRS empresarial; outros que, destinando-se a todas as empresas, têm tratamento especial para as PME, como o Regime Fiscal de Apoio ao Investimento (RFAI) e o Sistema de Incentivos Fiscais em Investigação e Desenvolvimento (SIFIDE); outros ainda validos para todas as empresas, como a *patent box*. Uma palavra sobre cada um destes tipos de incentivos fiscais, sendo de assinalar que enquanto este último incentivo se traduz numa isenção parcial do rendimento proporcionado pela propriedade intelectual, todos os demais se concretizam na dedução de despesas ou de lucros.

No que concerne à DLRR, que consta dos arts. 27º a 34º do Código Fiscal do Investimento (CFI), trata-se de incentivos ao reinvestimento dos lucros e reservas, os quais se enquadram nas categorias de auxílios de Estado compatíveis com o mercado comum, nos termos da

<sup>18</sup> Publicadas no Jornal Oficial da União Europeia, n.º C 209, de 23 de Julho de 2013, válidas para o período de 2014 a 2020. A que são de acrescentar os auxílios *de minimis*, um montante máximo de auxílios que uma empresa pode receber do Estado durante um período de 3 anos consecutivos, o qual, dado o seu limitado montante, não afecta de forma significativa o funcionamento do mercado interno. Montante que é de € 200.000, embora haja limites mais reduzidos para os sectores do transporte rodoviário de mercadorias por conta de outrem (€ 100.000), das pescas (€ 30.000) e dos produtos agrícolas (€ 15.000).

correspondente disciplina da União Europeia. De acordo com o art. 28º, podem beneficiar da DLRR os sujeitos passivos de IRC residentes em território português, bem como os sujeitos passivos não residentes com estabelecimento estável neste território, que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola, que preencham, cumulativamente, as seguintes condições: a) sejam micro, pequenas e médias empresas; b) disponham de contabilidade regularmente organizada, de acordo com a normalização contabilística e outras disposições legais em vigor para o respectivo sector de actividade; c) o seu lucro tributável não seja determinado por métodos indirectos; d) tenham a situação fiscal e contributiva regularizada.

Os incentivos concretizam-se na dedução à colecta do IRC, nos períodos de tributação que se iniciem em ou após 1 de Janeiro de 2014, até 10% dos lucros retidos que sejam reinvestidos em aplicações relevantes, que constam do art. 30º do CFI. Para efeitos dessa dedução, o montante máximo dos lucros retidos e reinvestidos, em cada período de tributação, é de € 5 000 000, por sujeito passivo.

Aplicando-se o regime especial de tributação dos grupos de sociedades, a dedução efectua-se com base na matéria colectável do grupo, sendo feita até 25% desse montante e não podendo, porém, ultrapassar, em relação a cada sociedade e por cada período de tributação, o limite de 25% da colecta que seria apurada pela sociedade que realizou as aplicações relevantes caso não se aplicasse o regime especial de tributação de grupos de sociedades.

Outro incentivo fiscal às PME é o concretizado na consideração fiscal de um *spread* especial fixados para os juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos respectivos sócios às respectivas sociedades. Com efeito, nos termos do nº 2 da Portaria nº 184/2002, de 4 de Março, aditado pelo art. 135º da LOE/2011, sempre que se trate de juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios a PME, é fixado em 6% o *spread* a acrescer à taxa EURIBOR a 12 meses do dia da constituição da dívida. O que constitui uma vantagem para as PME, que assim são incentivadas a financiar-se através de suprimentos e outros empréstimos dos seus sócios.

Um incentivo que é vantajoso face à chamada *remuneração convencional do capital social*, cuja disciplina consta agora, em termos mais vantajosos do que no passado, no art. 41º-A do Estatuto dos Benefícios Fiscais. Segundo este preceito legal, na determinação do lucro tributável das empresas com direcção efectiva em território português pode ser deduzida uma importância correspondente à remuneração convencional do capital social, calculada

mediante a aplicação da taxa de 5% ao montante das entradas realizadas, por entradas em dinheiro, pelos sócios, no âmbito da constituição de sociedades ou do aumento do capital social, desde que: a) a entidade beneficiada seja qualificada como PME; b) os sócios que participam na constituição da sociedade ou no aumento do capital social sejam exclusivamente pessoas singulares, sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco; c) o seu lucro tributável não seja determinado por métodos indirectos.

Assinale-se que esta medida fiscal se inscreve no empenho por uma maior neutralidade fiscal no financiamento das empresas, evitando que os sistemas de tributação destas que favoreçam, como no passado, o recurso a capitais alheios, tratando desfavoravelmente o recurso a capitais próprios, o que também contribuiu para a descapitalização das empresas. Medida que está em consonância, de resto, com as orientações da OCDE constante do Relatório e Plano de Acção *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS)<sup>19</sup>. Pois bem, entre as medidas fiscais, sobretudo entre as que têm por destinatários os Estados<sup>20</sup>, encontramos não só medidas de consideração fiscal que incentivam o financiamento das empresas com o recurso a capitais próprios, como são a dedução de lucros retidos e reinvestidos e a remuneração convencional do capital social, mas também a desconsideração fiscal, não aceitando como gastos o excessivo financiamento com capitais alheios, como o limite à dedução dos gastos com o financiamento constante do art. 67º do Código do IRC<sup>21</sup>, a 30% dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquido e impostos como limite máximo de € 1.000.000.

Outro benefício fiscal, agora apenas para as micro empresas e pequenas empresas que sejam empresas individuais, é o constituído pela consideração em sede do IRS de apenas 50% do valor do saldo entre as mais-valias e as menos-valias resultante da alienação onerosa de

<sup>19</sup> Vide as acções relativas ao planeamento fiscal agressivo levado a cabo através de constituição de entidades híbridas e o recurso a instrumentos híbridos (acção 2) e da erosão da base tributável pela dedução de juros e outros gastos financeiros (acção 4).

<sup>20</sup> Pois as medidas do Plano BEPS dirigem-se umas mais à actuação dos próprios Estados e outras fundamentalmente a própria OCDE. Relativamente às primeiras, que Portugal já adoptou na sua maior parte, vide COURINHA, Gustavo Lopes. BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão. *Cadernos de Justiça Tributária*. v. 4, Abril/ Junho de 2014, p. 11 e ss.

<sup>21</sup> Um artigo que se apresenta desinserido da sistemática do Código, uma vez que resulta do aproveitamento do anterior preceito que tinha por objecto a subcapitalização, uma norma especial anti-abuso a aplicar caso a caso pela Administração Tributária. Por isso, esse preceito devia integrar agora o art. 23º-A do Código do IRC relativo aos encargos não dedutíveis para efeitos fiscais.

partes sociais e outros valores mobiliários, saldo esse sujeito a uma taxa especial de 28%, como decorre dos art.s 10º, nº 1, alínea *b*), 43º, nº 3, e 72º, nº 1, alínea *c*), do Código do IRS<sup>22</sup>.

Relativamente ao RFAI, este regime constante dos art.s 22º a 26º do CFI aplica-se aos sujeitos passivos de IRC que exerçam uma actividade<sup>23</sup> das constantes do nº 2 do art. 2º do CFI, sem de destacar o tratamento mais favorável para as PME, uma vez que as grandes empresas relativamente a algumas aplicações apenas beneficiam desse regime em 50%<sup>24</sup>, Segundo o nº 2 do art. 22º do CFI, consideram-se aplicações relevantes os investimentos nos seguintes activos, desde que afectos à exploração da empresa: a) activos fixos tangíveis, adquiridos em estado de novo, com excepção de: i) terrenos, salvo no caso de se destinarem à exploração de concessões mineiras, águas minerais naturais e de nascente, pedreiras, barreiros e areeiros em investimentos na indústria extractiva; ii) construção, aquisição, reparação e ampliação de quaisquer edifícios, salvo se forem instalações fabris ou afectos a actividades turísticas, de produção de audiovisual ou administrativas; iii) viaturas ligeiras de passageiros ou mistas; iv) mobiliário e artigos de conforto ou decoração, salvo equipamento hoteleiro afecto a exploração turística; v) equipamentos sociais; vi) outros bens de investimento que não estejam afectos à exploração da empresa; b) activos intangíveis, constituídos por despesas com transferência de tecnologia, nomeadamente através da aquisição de direitos de patentes, licenças, “know-how” ou conhecimentos técnicos não protegidos por patente.

Quanto aos incentivos fiscais a conceder, temos, segundo o art. 23º do CFI, a dedução à colecta do IRC apurada nos termos da al. *a*) do nº 1 do art. 90º do Código do IRC, das seguintes importâncias das aplicações relevantes: 1) no caso de investimentos realizados em regiões elegíveis nos termos da al. *a*) do nº 3 do art. 107º do Tratado de Funcionamento da União Europeia: i) 25% das aplicações relevantes, relativamente ao investimento realizado até ao montante de € 5 000 000; ii) 10% das aplicações relevantes, relativamente à parte do investimento realizado que exceda o montante de € 5 000 000; 2) no caso de investimentos em regiões elegíveis nos termos da al. *c*) do nº 3 do art. 107º do Tratado de Funcionamento da

<sup>22</sup> Um benefício que tem algum paralelismo no IRC, na medida na determinação do lucro tributável se considera por metade o saldo entre as mais-valias e as menos-valias realizadas mediante a transmissão onerosa de ativos fixos tangíveis, ativos intangíveis e ativos biológicos não consumíveis, detidos por um período não inferior a um ano, quando tenha lugar o seu reinvestimento nos termos do art. 48º do Código do IRC.

<sup>23</sup> Que coincidem com os sectores que relevam para os benefícios fiscais contratuais, regulados nos arts. 2º a 21º do CFI.

<sup>24</sup> Como consta do nº 3 do art. 22º do CFI, em que se estabelece que no caso de sujeitos passivos de IRC que não se enquadrem na categoria das micro, pequenas e médias empresas, as aplicações relevantes em activos intangíveis não podem exceder 50 % das aplicações relevantes.

União Europeia, 10% das aplicações relevantes; b) isenção ou redução de IMI, por um período até 10 anos a contar do ano de aquisição ou construção do imóvel, relativamente aos prédios utilizados pelo promotor no âmbito dos investimentos que constituam aplicações relevantes; c) isenção ou redução de IMT relativamente às aquisições de prédios que constituam aplicações relevantes; d) isenção de Imposto do Selo relativamente às aquisições de prédios que constituam aplicações relevantes.

No respeitante ao SIFIDE, cuja disciplina consta dos art.s. 35º a 42º do CFI, trata-se de um benefício fiscal para as empresas em geral, muito embora o benefício relativo às despesas com a aquisição de patentes predominantemente destinadas à actividades de investigação e desenvolvimento, se aplique apenas às PME<sup>25</sup>. Depois de definir as despesas de investigação e as despesas de desenvolvimento, estabelece as aplicações relevantes e os benefícios fiscais a atribuir, os quais se traduzem na dedução ao montante apurado nos termos do art. 90º do Código do IRC de certas despesas. Tais despesas são as seguintes, desde que referidas a actividades de investigação e desenvolvimento: a) aquisições de activos fixos tangíveis, à excepção de edifícios e terrenos, desde que criados ou adquiridos em estado novo e na proporção da sua afectação à realização de actividades de investigação e desenvolvimento; b) despesas com pessoal com habilitações literárias mínimas do nível 4 do Quadro Nacional de Qualificações, directamente envolvido em tarefas de investigação e desenvolvimento; c) despesas com a participação de dirigentes e quadros na gestão de instituições de investigação e desenvolvimento; d) despesas de funcionamento, até ao máximo de 55% das despesas com o pessoal com habilitações literárias mínimas do nível 4 do Quadro Nacional de Qualificações directamente envolvido em tarefas de investigação e desenvolvimento contabilizadas a título de remunerações, ordenados ou salários, respeitantes ao exercício; e) despesas relativas à contratação de actividades de investigação e desenvolvimento junto de entidades públicas ou beneficiárias do estatuto de utilidade pública ou de entidades cuja idoneidade em matéria de investigação e desenvolvimento seja reconhecida por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia, da inovação, da ciência, da tecnologia e do ensino superior; f) participação no capital de instituições de investigação e desenvolvimento e contributos para fundos de investimentos, públicos ou privados, destinados a financiar empresas dedicadas sobretudo a investigação e desenvolvimento, incluindo o financiamento

<sup>25</sup> Estamos a falar do SIFIDE II, aprovado pela Lei nº 55-A/2010, de 31 de Dezembro, pois o SIFIDE I foi o que esteve em vigor de 2006 a 2010.

da valorização dos seus resultados, cuja idoneidade em matéria de investigação e desenvolvimento seja reconhecida por despacho dos membros do Governo responsáveis pelas áreas da economia, do emprego, da educação e da ciência; g) custos com registo e manutenção de patentes; h) despesas com a aquisição de patentes que sejam predominantemente destinadas à realização de actividades de investigação e desenvolvimento; i) despesas com auditorias à investigação e desenvolvimento; j) despesas com acções de demonstração que decorram de projectos de investigação e desenvolvimento apoiados.

Quanto à extensão da mencionada dedução, estabelece o nº 1 do art. 38º do CFI que os sujeitos passivos de IRC residentes em território português que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza agrícola, industrial, comercial e de serviços e os não residentes com estabelecimento estável nesse território podem deduzir ao montante da colecta do IRC apurado nos termos da al. a) do nº 1 do art. 90º do Código do IRC, e até à sua concorrência, o valor correspondente às despesas com investigação e desenvolvimento, na parte que não tenha sido objecto de comparticipação financeira do Estado a fundo perdido, realizadas nos períodos de tributação com início entre 1 de Janeiro de 2014 e 31 de Dezembro de 2020, numa dupla percentagem: a) taxa de base – 32,5% das despesas realizadas naquele período; b) taxa incremental – 50% do acréscimo das despesas realizadas naquele período em relação à média aritmética simples dos dois exercícios anteriores, até ao limite de € 1.500 000.

Segundo o nº 2 desse art. 38º, para os sujeitos passivos deste imposto que se enquadrassem nas PME, que ainda não tivessem completado dois exercícios e não beneficiassem da taxa incremental referida, aplica-se uma majoração de 15% à taxa base fixada na al. a) do nº 1. Uma disposição que, à semelhança de outras, procura não dificultar a vida e incentivar as PME nos primeiros anos de actividade.

Finalmente, no respeitante à *patent box*, regulada no art. 50º-A do Código do IRC, este incentivo fiscal é concretizado na consideração por metade dos rendimentos de patentes e outros direitos de propriedade intelectual. Integrado na fiscalidade da inovação e concebido na versão inicial com alguma generosidade segundo a abordagem da criação de valor (*value creation approach*), essa isenção parcial de IRC veio a ser limitada pelo Decreto-Lei nº 47/2016, de 23 de Agosto, que deu nova redacção àquele preceito<sup>26</sup>. De facto, passando a pôr

<sup>26</sup> Havendo, de resto, alguma falta de harmonização entre a *patent box* e o referido SIFIDE, que é um específico instrumento fiscal de apoio à investigação e desenvolvimento. É de acrescentar que as despesas relativas a «ativos intangíveis, constituídos por despesas com transferência de tecnologia, nomeadamente através da

o polo na substância económica da actividade de investigação e desenvolvimento, adoptou uma abordagem de maior conexão das despesas com os activos geradores dos rendimentos, a assim designada *modified nexus approach* que se fica a dever, de resto, ao que propõe a OCDE no quadro do BEPS.

Para esse efeito, segundo o disposto na alínea e) do nº 3 do referido art. 50º-A, os sujeitos passivos a cujos rendimentos é aplicável o incentivo estão obrigados a registos contabilísticos que permitam identificar os gastos e perdas incorridos ou suportados para a realização das actividades de investigação e desenvolvimento directamente imputáveis ao direito de propriedade industrial objecto de cessão ou utilização temporária, e a organizá-los de modo a que esses rendimentos possam distinguir-se claramente dos restantes. O que significa um registo contabilístico para os gastos e perdas incorridos ou suportados com a obtenção dos rendimentos da empresa em geral e outro registo contabilístico para os gastos e perdas incorridos ou suportados com as actividades de investigação e desenvolvimento directamente imputáveis ao direito de propriedade industrial. Exigência que, ao limitar os gastos e perdas relevantes para efeitos do rendimento sujeito a tributação, limita o benefício fiscal em causa.

66

### 3 Por uma Abordagem Fiscal mais Consequente e Simples das PME

Interroguem-nos sobre o actual tratamento fiscal das PME, procurando saber até que ponto esse tratamento é o mais consentâneo com o que as PME representam para o funcionamento dinâmico da nossa economia empresarial. O que significa proceder a algumas reflexões sobre esse tratamento fiscal bem como sobre a consideração fiscal unitária do fenómeno financeiro das PME.

#### 3.1 O Actual Tratamento Fiscal das PME

Pois bem, o nosso sistema fiscal reconhece a necessidade de diferenciação entre as PME e as grandes empresas. O que, como vimos acontece em sede do IRS e IRC, por um lado, e

---

aquisição de direitos de patentes, licenças, “know-how” ou conhecimentos técnicos não protegidos por patente» são relevantes no conjunto das despesas para a determinação dos benefícios fiscais contratuais ao investimento produtivo, bem como para os previstos no RFAI – alínea b) do nº 1 do art. 11º e alínea b) do nº 2 do art. 22º do CFI.

em sede do IVA, por outro. Regimes que não deixam de constituir inequívocas manifestações do reconhecimento da mencionada necessidade de diferenciação.

Embora seja de assinalar, a este respeito, que se, por via de regra, a doutrina defende uma tributação mais atenuada para as PME, com base em diversos argumentos de que trataremos mais em pormenor no ponto seguinte, não podemos esquecer que há quem, como os que subscrevem o Relatório de James Mirrlees<sup>27</sup>, defendem que não haja lugar a qualquer regime preferencial para as PME, argumentando que a tributação dos rendimentos procedentes do trabalho, seja este trabalho assalariado, trabalho autónomo ou trabalho desenvolvido mediante a constituição de uma pequena sociedade, porque provenientes de fontes de rendimento substancialmente similares, devem ser objecto de tratamento fiscal similar

Uma argumentação que, a nosso ver, faz sentido relativamente aos rendimentos que sejam efectivos rendimentos do trabalho, isto é, rendimentos da actividade dos trabalhadores autónomos ou profissionais independentes, os quais entre nós são objecto do regime de transparência fiscal a fim de serem objecto de tributação junto dos sócios em IRS em vez de o serem em sede da sociedade em IRC e, depois, junto dos sócios em IRS, se bem que junto destes beneficiem de um mecanismo para atenuar a dupla tributação económica. Um regime que, na prática, não funciona, porquanto os profissionais em causa dispõem de ampla liberdade para configurarem as sociedades interpostas de molde a não preencherem as características das sociedades transparentes, o que, combinado com o facto de os serviços serem prestados e facturados pela sociedade aos clientes e pelos profissionais sócios à correspondente sociedade, leva praticamente ao não apuramento de resultados tributáveis junto da sociedade. Por isso, regime devia ser eliminado ou, então, imposta a obrigação fiscal de as prestações dos serviços em causa exclusivamente aos profissionais.

Mas essa argumentação referida já não faz sentido relativamente à generalidade das PME. Para estas impõe-se, a nosso ver, um tratamento preferencial, uma vez que devemos olhar para as PME com maior abrangência, tendo presente não apenas os impostos sobre o rendimento, o IRS ou o IRC, bem como as cada vez mais onerosas tributações avulsas que referimos, mas também a totalidade das contribuições que efectivamente realizam a favor da

<sup>27</sup> Vide MIRRLEES, James. *Diseño de un sistema tributario óptimo. Informe Mirrlees*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013, p. 493 e ss. Obra esta que é a tradução do relatório MIRRLEES, James. *Tax by Design*. Oxford: Oxford University Press, 2011.



comunidade, em que temos, ainda em sede fiscal, para além do suporte estrutural do IVA, o amplo e complexo universo de obrigações tributárias acessórias que têm de cumprir enquanto sustentáculo do que vimos designando por “administração ou gestão privada dos impostos”, próprios ou alheios<sup>28</sup>, e, em sede económica, os reais contributos que prestam enquanto suportes da economia de mercado pressuposto da própria existência e funcionamento do Estado fiscal.

O que implica uma compreensão do mundo das empresas mais consentâneo com a realidade que em actuaam. Compreensão que conduzirá a ter em consideração, no respeitante às PME, não só a sua capacidade contributiva para suportar a tributação empresarial, mas igualmente a capacidade dessas empresas para arcar com os custos directos e indirectos de cumprimento e de administração das múltiplas, complexas e não raro sofisticadas obrigações relativas aos impostos. Custos que, como é bom de ver, porque relativamente idênticos e constantes relativamente à generalidade das empresas, acabam por significar uma oneração tanto maior quanto menor for a empresa, dando suporte a uma oneração fiscal fortemente regressiva que mais não significado do que uma intervenção estadual que subverte a livre concorrência<sup>29</sup>. Daí que a simplificação da tributação das PME seja um imperativo não só de justiça, mas também de defesa da ordem económica concorrencial, na qual estão empenhados tanto a nossa Constituição como o direito da União Europeia. Designadamente há que fazer um esforço para eliminar as obrigações acessórias redundantes, como as traduzidas em fornecer à Administração Tributária informações de que esta já dispõe ou facilmente obtenha de outros departamentos do Estado, assim como tornar menos onerosas outras. Informações que hão-de ser as estritamente necessárias, em termos de tempo, lugar e modo, para a correcta aplicação dos impostos, e ajustadas ao que seja razoável exigir.

Mesmo em sede da tributação, é de nos interrogarmos sobre se o nosso sistema de tributação do rendimento das empresas, em que as pequenas empresas, tanto singulares como societárias podem optar pelo regime simplificado baseado em coeficientes diversificados e relativamente ajustados à realidade económico-empresarial, não poderia contemplar uma tributação ainda mais simples e consentânea com a dimensão e reais forças das micro empresas. Nesse sentido há quem proponha para tais empresas uma tributação tipo “imposto de porta aberta”<sup>30</sup>, a qual

<sup>28</sup> Vide NABAIS, José Casalta. *Direito Fiscal*, op. cit., p. 327 e ss.

<sup>29</sup> Sobre os custos de cumprimento e de administração no nosso sistema fiscal, vide LOPES, Cidália. *Quanto Custa Pagar Impostos em Portugal. Os Custos de Cumprimento da Tributação do Rendimento*. Coimbra: Almedina, 2008.

<sup>30</sup> Uma espécie de “licença” de porta aberta, no que não deixa de fazer lembrar o imposto municipal conhecido por “licença de estabelecimento comercial ou industrial”, um adicional à contribuição industrial previsto no Código Administrativo (arts. 710.º a 713.º) que, depois de 1964, passou a designar-se por “imposto de comércio e indústria”, adicional que foi extinto pela primeira Lei das Finanças Locais após 25 de Abril de 1974, a Lei n.º 1/79, de 2 de Janeiro.

substituiria a generalidade dos impostos, designadamente o IRS/IRC e o IVA, alcançando-se, assim, uma real e significativa simplificação da vida fiscal das referidas empresas. Um imposto que incidiria anualmente sobre o potencial de facturação das empresas, tendo estas, todavia, de definir um valor salarial a ser considerado no imposto sobre salários. Uma proposta que, deve ser sublinhado, foi feita no quadro de uma reforma mais ampla da tributação do rendimento pessoal, para a qual se propunha uma taxa uniforme, no quadro da adopção de uma *flat tax*<sup>31</sup>.

### 3.2 A Consideração Fiscal Unitária do Fenómeno Financeiro das Empresas

Finalmente, na tributação as empresas devemos olhar para as coisas com maior abrangência e atenção. Em rigor não se deve ter presente apenas os impostos sobre o rendimento, o IRS ou o IRC que pagam, bem como as cada vez mais onerosas tributações avulsas constituídas pelas ditas tributações autónomas do art. 73º do Código do IRS e do art. 88º do Código do IRC ou por outras tributações geralmente designadas por contribuições ou taxas que se encontram dispersas por legislação avulsa, mas a totalidade das contribuições que efectivamente realizam a favor da comunidade, em que temos, ainda em sede fiscal, o amplo e complexo universo de obrigações tributárias acessórias que têm de cumprir enquanto sustentáculo da referida administração dos impostos, e, em sede económica, os reais contributos que prestam enquanto suportes da economia de mercado pressuposto da própria existência e funcionamento do Estado.

Por outras palavras, a tributação empresarial, justamente porque visa atingir rendimentos intermédios obtidos por organizações que, para além do mais, constituem o suporte insubstituível do funcionamento do sistema de liquidação e cobrança da generalidade dos impostos e da existência e funcionamento da própria economia de mercado, e não rendimentos finais como são os rendimentos gerados na esfera pessoal das pessoas singulares, deve assentar numa visão mais ampla, isto é, numa *consideração unitária do fenómeno financeiro* das empresas, ponderando todos os reais contributos que estas prestam tanto à fazenda pública como à economia nacional. Daí que seja de considerar não apenas as contribuições fiscais, isto é, os impostos que suportam e pagam como contribuintes, mas

<sup>31</sup> Vide CARMO, José Dinis; FERNANDES, Abel L. Costa. *A Tributação dos Rendimentos Empresariais em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 89 e ss.

também os demais obrigações tributárias e financeiras e, bem assim, as contribuições que, enquanto agentes suportes da existência e funcionamento da economia de mercado, prestam à comunidade nacional<sup>32</sup>.

Uma ideia que, reportando-nos agora ao mundo das entidades colectivas, leva a que o tratamento fiscal destas não seja em absoluto estabelecido sem um mínimo de consideração de diversificadas contribuições que prestam à comunidade nacional, em que temos: 1) os impostos que pagam como contribuintes; 2) as múltiplas e complexas obrigações acessórias que têm que cumprir enquanto suportes da gestão privada da generalidade dos impostos próprios e alheios do sistema fiscal; 3) as despesas que realizam com a prossecução de tarefas comunitárias em complemento ou substituição pura e simples do Estado e de outras entidades públicas, em que sobressaem as entidades que levam a cabo tarefas de utilidade pública ou, numa outra versão, as entidades que integram o chamado sector não lucrativo ou terceiro sector da economia; 4) os demais contributos específicos ou diferenciados que efectivamente prestam ao funcionamento da economia nacional. Ou seja, há que ter em conta os múltiplos e diversificados contributos comunitários das empresas realizados como contribuintes, administradores da generalidade dos impostos, suportes de tarefas de utilidade pública ou do sector não lucrativo da economia ou ainda específicos suportes da economia em geral, dentro dos quais se destacam, como será fácil de verificar, os que se traduzem na realização de tarefas de utilidade pública ou constituem suporte do sector não lucrativo da economia.

Uma visão das coisas que requer um olhar relativamente diferenciado das empresas, atendendo justamente a esses outros importantes contributos comunitários, os quais variam segundo o tipo de empresa em causa. Daí que tanto as microempresas como as pequenas e até algumas das médias empresas podem ser contempladas, em sede da tributação dos seus lucros, com um tributação atenuada face à exigida às demais empresas, designadamente as grandes empresas. Diversos têm sido os argumentos que sustentam essa necessidade de diferenciação positiva, sendo de destacar nomeadamente: 1) o seu carácter marcadamente sedentário, traduzido em não deslocarem a sua actividade ou os seus resultados para países com regimes fiscais mais atractivos; 2) o seu importantíssimo papel em matéria de criação e

<sup>32</sup> O que, a seu modo, não deixa de ser uma expressão qualificada de uma realidade bem mais ampla, já que se reporta a todos e quaisquer sujeitos tributários passivos, sejam estes ou não empresas, traduzida na consideração de uma efectiva «conta corrente» que, em qualquer Estado de Direito, mas com particular importância e visibilidade no Estado de Direito Social, necessariamente se estabelece entre este e cada um dos contribuintes ou sujeitos passivos concretizada na consideração unitária de tudo quanto cada um presta à comunidade e de tudo quanto, em contrapartida, recebe dessa mesma comunidade.

manutenção de postos de trabalho, sustentando o emprego mormente em situações de crise económica; 3) o serem fonte de dinamismo, inovação e flexibilidade; 4) o que, aliado à grande aptidão para a produção de bens transaccionáveis, revelam uma notável capacidade de resistência às crises económicas; 5) e a improvável verificação em relação a elas dos chamados custos de agência, em virtude de a titularidade e a gestão não se encontrarem separadas como ocorre frequentemente nas grandes ou até nas médias empresas. Por isso, faz todo o sentido que sejam objecto de uma tributação menor, no que mais não será do que uma compensação, porventura relativamente diminuta, pelos maiores encargos que as mencionadas contribuições económicas à comunidade nacional, traduzidas em todos esses aspectos, efectivamente representam para essas empresas.

Um tratamento das PME que tem plena justificação também olhando as coisas a partir de uma outra perspectiva, qual seja a da necessidade de salvaguarda da competitividade dessas empresas decisiva nos tempos que correm não apenas no quadro internacional, em que a competitividade por via de regra vem sendo considerada. Pois, como é reconhecido e parece óbvio, atento o papel verdadeiramente determinante que as PME desempenham para o funcionamento da economia e do sistema fiscal, este não pode alhear-se quer do investimento proporcionado pelas PME estrangeiras, quer da internacionalização das PME nacionais.

Ideia esta que, a seu modo, não deixa de estar presente, embora por uma outra via, no tratamento fiscal de que têm sido objecto as PME. Estamos a referimo-nos aos benefícios fiscais que têm estas empresas por destinatários, os quais, todavia, acabam por não ser especificamente muitos, o que tem expressão no facto de nem sequer constituírem objecto de um capítulo do EBF, como certamente se imporia. Daí que os benefícios fiscais às PME não nos pareçam muito significativos, se encontrem dispersos por diversa legislação avulsa e não sejam objecto de um regime minimamente coerente e harmonioso.

Aliás, são razões do tipo das que vimos considerando as que, como já referimos, suportam o tratamento diferenciado dispensado às PME por parte da União Europeia. Um tratamento que se traduz, de um lado, na recomendação feita aos Estados membros para que estes lhes concedam apoios, nos quais se podem incluir naturalmente os incentivos fiscais, e, de outro lado, em não considerar tais apoios auxílios de Estado perturbadores da concorrência e, por conseguinte, da realização do mercado interno.

Um tratamento das PME que, todavia, a nosso ver, não deve ser levado a cabo através da técnica do reconhecimento de benefícios fiscais a essas empresas, mas mediante todo um

sistema de tributação do rendimento unitário e coerente das mesmas. Pois, como já dissemos, os benefícios fiscais são presentemente de rejeitar, por via de regra, dado os efeitos nefastos que provocam, devendo ser estritamente limitados aos chamados incentivos ou estímulos fiscais, os quais, embora à primeira vista se consubstanciem, como todos os benefícios fiscais, em despesas fiscais, porque incentivam ou estimulam actividades que, de outro modo, não teriam lugar, vão originar um efectivo aumento de receitas fiscais no futuro. Daí que a crítica generalizada que hoje em dia é feita, e bem, à verdadeira «indústria dos benefícios fiscais», em virtude de estes se apresentarem como puras despesas fiscais que privilegiam certos grupos mais poderosos ou influentes desde há muito instalados, concretizando assim uma verdadeira redistribuição invertida do rendimento e da riqueza, não seja extensível, e portanto não tenha razão de ser, relativamente aos que se apresentem como verdadeiros incentivos ou estímulos fiscais, cujas externalidades acabam sendo efectivas e significativas receitas fiscais futuras. Pois relativamente a estes, a uma despesa fiscal actual corresponde uma receita fiscal futura, receita que, vistas as coisas em termos diacrónicos e na medida em que ultrapasse aquela, resulta no aumento da receita fiscal líquida.

Uma visão que é, de resto, consentânea com o fenómeno da crescente perda de relevância dos benefícios fiscais como motor do investimento e, por conseguinte, da criação e financiamento das empresas, em virtude não só do que acabamos de dizer, mas igualmente pelo facto de tais benefícios caírem progressivamente sob a alçada do direito supranacional, suporte das restrições às subvenções e compensações impostas aos Estados no quadro da actuação da OMC, enquanto base de uma ordem económica favorável ao comércio mundial, bem como da referida proibição dos auxílios de Estado constante do TFUE. A que acresce a circunstância de, na medida em que se trate de benefícios fiscais cuja concessão não se encontre sujeita a prazos bem definidos, o que, não sendo aconselhável, como vimos, pode, todavia, acontecer, em caso da sua revogação pelo Estado, seja por opção política, seja em cumprimento de decisões judiciais ou determinações de entidades supranacionais responsáveis pela *governance* da (nova) ordem económica transnacional, poderem dar lugar a compensações com base no sacrifício especial e anormal de direitos de expressão patrimonial ou à reposição do correspondente equilíbrio económico-financeiro<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Vide SILVA, Suzana Tavares da. Razão de estado e princípio da razoabilidade. *op. cit.*, p. 131.

## REFERÊNCIAS

BARKER, William B. A Common Sense Corporate Tax: the case for a destination-based, cash flow tax on corporations. *Penn State Law Legal Studies*. Research Paper nº 1-2012. Carlisle: Pennsylvania University, 2012.

CARMO, José Dinis; FERNANDES, Abel L. Costa. *A Tributação dos Rendimentos Empresariais em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2013.

COURINHA, Gustavo Lopes. BEPS e o sistema fiscal português: uma primeira incursão. *Cadernos de Justiça Tributária*. v. 4, Abril/ Junho de 2014.

FICHTER, Michael. *Reformulando o Modelo Rumo ao Fortalecimento do Controle Democrático do Poder das ETNs*. São Paulo: Friedrich Ebert Stiftung Brasil, 2014. Disponível em: <<http://library.fes.de/pdf-files/bueros/brasilien/11056.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

LOPES, Cidália. *Quanto Custa Pagar Impostos em Portugal. Os Custos de Cumprimento da Tributação do Rendimento*. Coimbra: Almedina, 2008.

MARTINS, Guilherme Waldemar Oliveira. *A Despesa Fiscal e o Orçamento do Estado no Ordenamento Jurídico Português*. Coimbra: Almedina, 2004.

MIRRLEES, James. *Diseño de un sistema tributário óptimo. Informe Mirrlees*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013.

\_\_\_\_\_. *Tax by Design*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

NABAIS, Casalta José. Da sustentabilidade do Estado fiscal. In: NABAIS, Casalta José; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito Fiscal*. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. *Introdução Ao Direito Fiscal das Empresas*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.



NABAIS, Casalta José; SILVA, Suzana Tavares da (Coords.). *Sustentabilidade Fiscal em Tempos de Crise*. Coimbra: Almedina, 2011.

PIRES, Rita Calçada. Tributação Empresarial: diferenciar fiscalmente as pequenas e médias empresas? *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*. v. II. Coimbra: Almedina, 2010.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 372/2007, de 6 de Novembro de 2007.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 158/2009, de 13 de Julho de 2009.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 36-A/2011, de 9 de Março de 2009.

\_\_\_\_\_. Lei nº 20/2010, de 23 de Agosto de 2010.

\_\_\_\_\_. Lei nº 35/2010, de 2 de Setembro de 2010.

SANTOS, A. Carlos dos; VENTURA, André. *A reforma do IRC. Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*. Porto: Vida Económica, 2014.

SILVA, Amâncio. Novo Regime Simplificado de Tributação de IRC. In: SANTOS, A. Carlos dos; VENTURA, André. *A reforma do IRC. Do Processo de Decisão Política à Revisão do Código*. Porto: Vida Económica, 2014.

SILVA, Suzana Tavares da. Razão de Estado e Princípio da Razoabilidade. In: SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Trajectórias de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico – FDUC, 2013.

SILVA, Suzana Tavares da; RIBEIRO, Maria de Fátima (Coords.). *Trajectórias de Sustentabilidade. Tributação e Investimento*. Coimbra: Instituto Jurídico – FDUC, 2013.

UNIÃO EUROPEIA. Carta Europeia das Pequenas e Médias Empresas, 2000.

\_\_\_\_\_. *Carta Europeia das Pequenas e Médias Empresas – Selecção de Boas Práticas – 2009*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2009

\_\_\_\_\_. Relatório do Observatório Europeu para as Pequenas e Médias Empresas, 2003.

\_\_\_\_\_. Resolução do Parlamento Europeu, de 23 de Outubro de 2012.

ZUCMAN, Gabriel *A Riqueza Oculta das Nações*. Lisboa: Círculo de Leitores, 2013.

Submissão: 14/10/2016  
Aceito para Publicação: 14/10/2016





## “INADIMPLENTO EFICIENTE” (*EFFICIENT BREACH*) NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS\*

### *EFFICIENT BREACH IN CORPORATE CONTRACTS*

Juliana Krueger Pela\*\*

**RESUMO:** A presente pesquisa se destina a analisar a teoria denominada de inadimplemento eficiente (*efficient breach*) e sua aplicação nos contratos empresariais. Nesse sentido, estudou-se o desenvolvimento desta doutrina nas tradições do *Common Law* e *Civil Law*, casos práticos de aplicação e sua repercussão no direito brasileiro.

**ABSTRACT:** *The present research aims to analyze the efficient breach in corporate contracts. In this sense, the development of this theory in the Common and Civil Law traditions, case studies and its importance for the Brazilian Law were studied.*

**PALAVRAS-CHAVE:** Inadimplemento Eficiente. Contratos Empresariais. *Common Law. Civil Law.*

**KEYWORDS:** *Efficient Breach. Corporate Contracts. Common Law. Civil Law.*

**SUMÁRIO:** 1 Casos Concretos, em que se Apresenta o Problema do Inadimplemento Eficiente. 2 Possíveis Soluções Jurídicas. 2.1 Primeira Solução. *Common Law* e Análise Econômica do Direito. 2.2 Segunda Solução. Crítica à Primeira Solução. *Civil Law*. 2.3 A Solução Brasileira. 3 Crítica. O ponto Cego. Referências.

77

## 1 CASOS CONCRETOS, EM QUE SE APRESENTA O PROBLEMA DO INADIMPLENTO EFICIENTE

Em 2004, uma polêmica propaganda de cerveja gerou interessantes debates sobre inadimplemento contratual no Brasil. O folclórico caso pode ser assim resumido<sup>1</sup>: o cantor Zeca Pagodinho, notório consumidor de cerveja, foi contratado pela cervejaria Schincariol para atuar em campanha da marca Nova Schin. No instrumento contratual firmado entre o cantor e a cervejaria, constava cláusula de exclusividade e previsão de multa por violação decorrente de “culpa do contratante ou qualquer causa que dele advenha”. O valor da multa equivalia à remuneração devida ao cantor acrescida de 35%. Após a veiculação do comercial da marca Nova Schin, o mesmo cantor gravou outra propaganda, desta vez para uma cervejaria concorrente (Ambev), enaltecendo as qualidades da cerveja Brahma e se referindo à

\* Pesquisa apresentada em palestra proferida na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), no dia 15 de setembro de 2016, realizada pelo Curso de Especialização em Direito Empresarial, em evento organizado pelos Professores Doutores Ricardo Lupion Garcia e André Fernandes Estevez. Trabalho desenvolvido no âmbito do Colóquio Luso-Brasileiro sobre Contrato e Empresa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 13 de outubro de 2015. Atualizado para esta Revista.

\*\* Doutora em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Professora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Advogada.

<sup>1</sup> Para informações adicionais, vide: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 7155293-9. DJ. 09.04.2008.

primeira, cerveja objeto da peça publicitária anterior como “paixão de verão”. Seguiu-se a esses eventos um litígio, levado ao Poder Judiciário paulista. As questões ventiladas na demanda, de modo geral, podem ser assim apresentadas: poderia o cantor descumprir deliberadamente o contrato, em especial a cláusula de exclusividade, desincumbindo-se do vínculo apenas mediante o pagamento da multa prevista? Ou não se trataria de uma opção do devedor – pagar a multa ou realizar a prestação – já que a multa negociada poderia ser qualificada como insuficiente para compensar o inadimplemento?

Perguntas como essas são ainda mais interessantes em contratos tipicamente empresariais<sup>2</sup>.

Em contratos de transporte, frequentemente celebrados no mercado de logística, por exemplo, é usual a chamada cláusula “*take or pay*”. O exportador celebra contrato de transporte de longo prazo com o operador logístico. É obrigação do operador, a cada safra, transportar certa quantidade de grãos, do armazém ao porto. Mesmo que não use efetivamente o serviço de transporte, para o transporte de grãos, deve mesmo assim pagar determinado valor ao operador logístico, pela tão só disponibilidade do serviço, independentemente de sua efetiva fruição; a cláusula é formulada em termos bilaterais, de modo que, em resposta a eventual falha na disponibilidade do serviço, é o operador logístico que deve pagar o mesmo montante ao tomador do serviço de transporte. Em determinada safra, em que houve aumento da demanda por transporte ao porto, o operador logístico utiliza os vagões destinados àquele exportador para outra finalidade (contratação com terceiro, por preço mais vantajoso). Pode o transportador deixar de transportar os grãos e somente pagar o valor previsto no contrato?

Contratos de fornecimento, ademais, costumam prever cláusulas de entrega de quantidade mínima e impõem multa para a hipótese de descumprimento. Se o fornecedor deixar de entregar a quantidade mínima e vender a matéria-prima (gás natural, por exemplo) para outro comprador, o contratante original ficará desabastecido e isso certamente prejudicará a sua produção. Pode o fornecedor exonerar-se da obrigação apenas mediante o pagamento de multa contratual, como se se tratasse de obrigação alternativa, com atribuição do direito de escolha ao devedor?

A mesma pergunta caberia no âmbito de contratos de venda futura de soja, celebrados por produtores para o financiamento da safra<sup>3</sup>. No momento da entrega, o preço da soja no mercado *spot* sobe, tornando-se maior que o preço previamente acordado com as contrapartes

<sup>2</sup> Embora a rigor a natureza empresarial do contrato entre Zeca Pagodinho e a cervejaria Schincariol possa ser questionada – já que se trata de um artista – não se nega que esse contrato e principalmente seu descumprimento seguem uma lógica empresarial. Houve, na verdade, o rompimento do contrato para favorecimento da cervejaria concorrente.

<sup>3</sup> Esses contratos – e as decisões judiciais sobre os litígios a eles relacionados – foram analisados por REZENDE, Christiane L.; ZILBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan-jun 2011, p. 155-176.

adquirentes na compra e venda futura. Os produtores então, deliberadamente descumprem o contrato. Teria havido, na espécie, “inadimplemento eficiente”?

Esses casos podem ser analisados sob diversos enfoques dogmáticos (caráter compensatório ou punitivo da multa, natureza da cláusula penal, caracterização de obrigações alternativas, possibilidade de execução específica). Mas qualquer que seja o uso instrumental desses conceitos, as soluções jurídicas contrapostas, oferecidas pelos diferentes sistemas jurídicos, revelam visões distintas sobre o contrato, sua função e os mecanismos de alocação de riscos que ele engendra.

## 2 POSSÍVEIS SOLUÇÕES JURÍDICAS

### 2.1 Primeira Solução. *Common law* e Análise Econômica do Direito

A primeira solução jurídica aventada para esses casos consiste em aceitar o simples pagamento da multa em substituição à prestação inadimplida, liberando-se com isso o devedor do vínculo obrigacional. Ela decorre do pragmatismo próprio aos sistemas de *common law* e tem sido explorada por estudos de Análise Econômica do Direito.

Segundo esses estudos<sup>4</sup>, ao prever uma multa (consequência pecuniária pelo descumprimento de uma obrigação), as partes – no pleno exercício de sua liberdade contratual – estabelecem (economicamente) uma opção ao devedor: cumprir ou pagar. Essa opção é, *ab initio*, de pleno conhecimento do credor.

No contrato, portanto, as partes alocam riscos e precificam suas prestações. Fazem concessões recíprocas com base nessa precificação e nessa alocação de risco<sup>5</sup>. A multa é negociada com a finalidade de suprir a ausência de prestação. As partes anteveem qual será seu risco, avaliam-no e o cifram no valor da multa contratual.

Assim, remediar o inadimplemento com o pagamento de multa contratual, que seria assim um substituto perfeito do adimplemento, consiste em uma solução de extrema aderência ao que foi negociado pelas partes. Há nisso um respeito ao *pacta sunt servanda* e à liberdade contratual, com pouca – ou nenhuma – intervenção no equilíbrio contratual original.

<sup>4</sup> Confira-se, por todos: POSNER, Richard. Let's never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*. v. 107, no 8, jun. 2009, p. 1349-1363.

<sup>5</sup> Conforme explicam SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena Von Carstenn Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991, p. 262.

Ademais, não há que se perquirir culpa no inadimplemento, o que torna a análise do julgador (judicial ou arbitral) mais simples e objetiva. Não por outra razão, o polêmico artigo de POSNER acima mencionado intitula-se *Let's never blame a contract breaker*.

Essa solução reconhece que os custos, para o devedor, do cumprimento da prestação podem exceder o benefício do credor em ter a prestação adimplida. Nesse caso, diz-se que inadimplemento é ineficiente. O eficiente seria o cumprimento. Haveria, portanto, *efficient breach* sempre que o benefício para o credor em ter a prestação adimplida é inferior ao custo para o devedor em adimpli-la<sup>6</sup>. Nesse caso, o devedor poderia descumprir, desincumbindo-se do vínculo mediante pagamento (de indenização fixada por terceiro – juiz ou árbitro – ou de valor já pré-fixado pelas partes no contrato, situação ainda mais clara). O “saldo líquido” do contrato é positivo, por isso seria eficiente.

Além disso, esse tipo de solução, sob certa perspectiva, elimina custos de transação no desfazimento de relações contratuais e pode permitir um funcionamento mais eficiente do sistema de preços. Se há agentes econômicos dispostos a pagar mais pela soja, ou pelo transporte, ou ainda pelo direito de imagem do cantor, o direito dos contratos deve se fazer permeável ao fluxo de informações sobre oferta e demanda veiculado pelo sistema de preços. Para tanto, ele autorizaria o rompimento do vínculo inicial, mediante o pagamento do valor avençado, para então liberar o devedor para se engajar na operação econômica alternativa, que estaria mais sintonizada com as novas informações disponíveis em mercado sobre o valor dos bens objeto da operação econômica.

80

## 2.2 Segunda Solução. Crítica à Primeira Solução. *Civil Law*

A referida primeira solução sofre fervorosas críticas, em geral apresentadas por estudiosos de sistemas de civil law<sup>7</sup>, com base em diversos argumentos.

Inicialmente, alega-se que o *efficient breach* afasta a força vinculativa do contrato (*pacta sunt servanda*). O contrato de nada serve e não tem valor, já que uma parte pode deliberadamente descumpri-lo.

<sup>6</sup> POSNER, Richard. *Let's never blame a contract breaker*. *Michigan Law Review*. v. 107, n. 8, jun. 2009, p. 1349-1363. MCNEIL, Ian. *Efficient breach of contract: circles in the sky*. *Virginia Law Review*. v. 68, n. 5, maio 1982, p. 947-969.

Sob esse conceito, é inclusive discutível se a todos os casos acima descritos seria aplicável a teoria do *efficient breach*. Isso porque “custo do devedor para adimplir a obrigação” é diferente de “maior lucro para o devedor ao inadimplir a obrigação”. Essa diferenciação me parece fundamental para determinar os contornos e a aplicabilidade do *efficient breach*.

<sup>7</sup> Conforme relatado por SCALISE JR., Ronald. *Why no efficient breach in civil law? A comparative assesment of the doctrine of efficient breach in contract*. *The American Journal of Comparative Law*. v. 55, n. 4, 2007, p. 721-766.

Ignora, ademais, que o interesse do credor é a prestação, não sua conversão em dinheiro via indenização por perdas e danos. Por isso, há quem defenda que, mesmo em sistemas de *common law*, contratos de propriedade intelectual, como os de transferência de tecnologia, não podem se sujeitar a inadimplementos eficientes<sup>8</sup>.

Além disso, em razão da incompletude contratual – decorrente, por sua vez, da assimetria de informação – a multa fixada quando da contratação nem sempre é substituta perfeita da prestação, no momento do inadimplemento. As condições de mercado mudam e não é possível antever com precisão qual será a multa adequada para afastar ou remediar o descumprimento.

No contexto dessas críticas, costuma-se afirmar ainda que o *efficient breach* protege o comportamento oportunista. Não pune o deliberado inadimplemento, até o estimula, já que equipara o descumprimento deliberado ao culposo<sup>9</sup>. Permite que o contratante “saia” do contrato – de longo prazo, que gerou expectativas mútuas – quando lhe convier, simplesmente pagando uma multa<sup>10</sup>.

Seria, nesse sentido, uma solução contrária à boa-fé objetiva. Torna lícita a violação de deveres laterais de cooperação, como o dever de preservação do vínculo contratual. Há, inclusive, autores que a consideram imoral por estimular a “quebra da palavra empenhada”<sup>11</sup>.

Esse estímulo resultaria, segundo esses críticos, em insegurança para o adequado funcionamento do mercado. Afinal, não se pode contar que a obrigação será cumprida. Os efeitos imediatos, reconhecidos inclusive por autores de *common law*, seriam o aumento dos

<sup>8</sup> Sobre esse debate, confira-se: EPSTEIN, Richard A. Intellectual Property and the law of contract: the case against 'efficient breach'. *HOOVER IP. Working Paper Series n. 13002*, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2344856> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2344856>>. Acesso em: 10 out. 2016; e CAHOY, Daniel R. Oasis or mirage?: efficient breach as a relief to the burden of contractual recapture of patent and copyright limitations. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 17, 2003, p. 135-178.

<sup>9</sup> Há, inclusive, estudos empíricos a respeito, como: WILKINSON RYAN, Tess. Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment. *Michigan Law Review*. v. 108, 2010, p. 633. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1299817>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>10</sup> Ao contratar, a parte fez uma escolha: de permanecer vinculado pelo prazo estipulado. Permitir o *efficient breach*, nesse sentido, seria dar a ela simultaneamente os benefícios de duas alternativas mutuamente excludentes (contratar e permanecer livre). Por isso alguns autores ironicamente afirmam que o *efficient breach* deve ser proibido porque não se pode “repartir o bolo e comê-lo ao mesmo tempo.” Em contratos empresariais, essa crítica reconduz-se à dicotomia, exposta por Ronald COASE, em seu consagrado *The nature of the firm*, entre “sistema de preços (contratação em mercado)” versus “empresa (contratação de longo prazo)”. Após a opção inicial pelo regime de contratação de longo prazo (empresa), não poderia o contratante simplesmente “pular” para o regime de mercado seguindo somente seus interesses.

<sup>11</sup> SIDHU, Dawinder S., The immorality and inefficiency of an efficient breach. *Transactions: the Tennessee Journal of Business Law*. v. 8, 2006, p. 61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=936223>>. Acesso em: 10 out. 2016.

custos de transação e crise reputacional<sup>12</sup>. É o que identificou, por exemplo, Lisa BERNSTEIN ao analisar o funcionamento do mercado de algodão<sup>13</sup>.

### 2.3 A Solução Brasileira

Embora pouco se tenha escrito sobre a aplicação da teoria do *efficient breach* no Brasil, é possível identificar certos obstáculos legais e jurídicos à sua aplicação.

O primeiro deles diz respeito à cláusula geral de boa-fé. À semelhança do que se observa em outros ordenamentos de origem romano-germânica, entende-se, no Brasil, que o inadimplemento deliberado contraria a boa-fé objetiva. Isso porque a contratação impõe às partes o dever de cooperar para a boa execução do contrato<sup>14</sup>. É o que se interpreta do vigente artigo 422 do Código Civil. E, mesmo antes da vigência do Código Civil, foi o que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu no importante precedente da recusa de compra da safra de tomates<sup>15</sup>.

O segundo obstáculo relaciona-se ao artigo 187 do Código Civil. Em tese, o inadimplemento deliberado poderia ser caracterizado como abuso de direito, e, portanto, como ilícito. Sob essa perspectiva, ao inadimplir voluntariamente, o titular excederia os limites de seus direitos contratuais, atribuindo-lhes finalidade diversa daquela pactuada e daquela econômica e socialmente esperada<sup>16</sup>.

O terceiro obstáculo vincula-se às multas contratuais, qualificadas como cláusulas penais no Brasil. Segundo os artigos 408, 410 e 412 do Código Civil, as cláusulas penais (i) só se aplicam a descumprimentos culposos; (ii) são alternativas *a benefício do credor*, em caso de inadimplemento total; e (iii) têm por limite o valor da obrigação, por isso podem não recompor integralmente o patrimônio do credor. Podem não cobrir, no exemplo do contrato de

<sup>12</sup> MCNEIL, Ian. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*. v. 68, n. 5, maio 1982, p. 947-969.

<sup>13</sup> Embora não tenha tratado especificamente de *efficient breach*, a autora observou os efeitos do inadimplemento no mercado, com resultados úteis também ao presente tema. BERNSTEIN, Lisa. Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions. *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper no. 133*, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=281437>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>14</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 215 e p. 219-228.

<sup>15</sup> O caso pode ser assim sintetizado: por diversos anos, uma indústria alimentícia antecipava sementes a produtores de tomates e, posteriormente, adquiria a respectiva safra. Na safra de 97/98, deixou de adquirir o produto, o que ensejou uma ação por parte do produtor. Embora o Tribunal tenha qualificado a situação como rompimento de tratativas, ela também poderia ser interpretada como inadimplemento deliberado, se se considerasse que o contrato já estava formado, como aliás mencionou o voto divergente do Des. Cezar Schmitt. Confira-se: RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 591.028.295. DJ. 06.06.91.

<sup>16</sup> Sobre abuso de direito e sua relação com a boa-fé: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 612.

transporte, os custos para que o credor contrate outro meio de transporte, especialmente em um momento de crescimento da demanda pelo transporte e a eventual indisponibilidade de alternativas de escoamento da produção.

O quarto consiste na inexistência de obrigação alternativa, nos casos de *efficient breach*. Argumenta-se que, se as partes pretendiam dar ao devedor<sup>17</sup> a opção de cumprir ou pagar a multa, deveriam – no sistema jurídico brasileiro – ter estipulado obrigação alternativa prevista no artigo 252 do Código Civil<sup>18</sup>.

Por fim, o quinto – e talvez mais importante – obstáculo reside na possibilidade, prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil vigente (de 1973), de o credor valer-se da tutela específica da obrigação, em caso de descumprimento. Em razão da tutela específica, aplicável às obrigações de fazer em geral, o credor não está adstrito a receber a multa pactuada, podendo obter – por via judicial – a satisfação da própria obrigação ou o “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. A não ser que se admita a licitude de renúncias prévias a qualquer pedido de tutela específica, afasta-se, assim o *efficient breach*.

Portanto, no Brasil é juridicamente descabida a mera importação, ou transplante, da teoria do *efficient breach*. Seria preciso, antes, superar cada um desses obstáculos. Mas cumpre questionar, de *lege ferenda* e academicamente, é possível formular críticas a essa solução brasileira, especialmente nos contratos empresariais? Sim, cabe a rigor uma crítica.

83

### 3 CRÍTICA. O PONTO CEGO

Desde 2002, o Direito Contratual positivo no Brasil é unificado. Em tese, incide indistintamente sobre os contratos empresariais e sobre os civis ou existenciais. Mas a recente doutrina brasileira – representada por Paula FORGIONI<sup>19</sup> – destaca as diferenças funcionais dos contratos empresariais e defende a necessidade de aplicação seletiva de certas regras a contratos empresariais. Seria a suposta proibição ao *efficient breach* uma dessas regras a reclamar aplicação seletiva, nos contratos empresariais?

Isso porque se trata de contratos entre profissionais, que regem sua atuação em mercado

<sup>17</sup> VARELLA, Antunes. *Direito das Obrigações*. v. I. Rio de Janeiro, Forense, 1977, p. 332-337.

<sup>18</sup> A mesma observação foi feita, no sistema de *common law*, por Daniel MARKOVITZ e Alan SCHWARZ. Para eles, o caloroso debate sobre a licitude ou ilicitude do *efficient breach* deixa de considerar um ponto essencial: a prestação contratada pelas partes que seria passível de inadimplemento. Nesse sentido, chegam a afirmar que a interpretação contratual deveria ser o correto alvo de atenção (MARKOVITS, Daniel; SCHWARTZ, Alan. (In)Efficient Breach of Contract. In: Parisi, F. (Ed.). *Oxford Handbook of Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2017 (no prelo); MARKOVITS, Daniel; SCHWARTZ, Alan. *Yale Law & Economics Research Paper n. 539*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2758741>>. Acesso em: 10 out. 2016).

<sup>19</sup> FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



e, que por isso, têm como seu centro de gravidade a questão da alocação de risco entre as partes. Ao estabelecerem uma cláusula de *take or pay*, por exemplo, as partes avaliam seus riscos, definem quais devem assumir e estabelecem o planejamento ou programa contratual. Nas palavras de SCHÄFER e OTT, contrato é o resultante “líquido” dessas avaliações de risco<sup>20</sup>. Na prática contratual, observa-se que empresários fazem, ou devem fazer, esse cálculo: quanto custa para cumprir o contrato *versus* quanto custa para rompê-lo? Agregar elementos externos a tal avaliação, como o cumprimento *via* tutela específica (aliás, inadequada em contratos empresariais de fornecimento de tecnologia, por exemplo) ou a fixação de perdas e danos em valor maior que a multa contratual, não contraria essa lógica? Não aumenta, injustificadamente, os custos de transação?

Mas permitir o inadimplemento eficiente, por outro lado, não seria realmente enfraquecer o contrato? Sem recorrer à tal “imoralidade” de que falam os autores de sistemas de *civil law*, não geraria efeitos perversos no mercado, em termos de reputação, para agentes que terão outras interações? Basta analisar o exemplo do mercado de algodão, citado por Lisa BERNSTEIN<sup>21</sup>, ou o que ocorreu no mercado de soja verde em Goiás (em que os produtores que descumpriram o contrato não encontravam compradores para a safra seguinte, conforme relatado por Cristiane REZENDE e Décio ZYLBERSTAJN<sup>22</sup>).

Os dois argumentos procedem. Parece-me que o debate está, de certa forma, obscurecido e estagnado no Direito Contratual brasileiro. Obscurecido porque muitas vezes são propostas soluções calcadas apenas na cláusula geral de boa-fé, o que de alguma forma impede que sejam analisadas com maior cuidado e profundidade as circunstâncias subjacentes. Não que ela não deva ser aplicada. Longe disso. Porém, pode representar uma cortina de fumaça e tornar mais fácil para o julgador afastar-se do caso concreto. Estagnado porque concentrado apenas no Direito Contratual, cuja função – especialmente em sistemas de *civil law* – é dar segurança às interações, de forma que as regras instrumentais foram concebidas – e assim são interpretadas – para reprimir o descumprimento deliberado.

Entendo que, em se tratando de contratos empresariais, esse debate não pode prescindir do Direito Concorrencial. O descumprimento deliberado de contratos empresariais, em geral, tem motivações concorrenciais (ou anticoncorrenciais) e as ferramentas do Direito Concorrencial precisam ser utilizadas para alcançar uma solução jurídica completa. Em outras palavras: não se trata apenas de discutir moralidade ou imoralidade do descumprimento, ou o que esse descumprimento gera para a economia daquele contrato ou para o modelo de

<sup>20</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução: Macarena Von Carstenn Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991, p. 262-263.

<sup>21</sup> Conforme nota 16, acima.

<sup>22</sup> REZENDE, Christiane L; ZILBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan-jun 2011, p. 157.

contrato adotado pelo ordenamento.

É preciso analisar o que o *efficient breach* significa no mercado (ou nos mercados, tratando-se de contratos empresariais de integração vertical) de atuação daquelas empresas. Houve abuso de poder econômico, ou de posição dominante? Havia monopólio, oligopólio, monopsônio, oligopsônio? Poder compensatório? Dependência? Havia situação de *hold up*?

Deve-se aprofundar e reforçar o necessário diálogo entre Direito Concorrencial e Direito Contratual em contratos empresariais. Ouso dizer que talvez deva haver um Direito Concorrencial Contratual, ou um Direito Contratual Concorrencial.

Afinal, o que há hoje entre esses dois campos do Direito é um ponto cego.

Veja-se o caso Zeca Pagodinho. Não se tratava, a bem da verdade, de um litígio entre um cantor e uma cervejaria, mas sim entre duas cervejarias. No entanto, o julgador não aprecia o caso sob o aspecto concorrencial<sup>23</sup>. Nem se poderia exigir que o fizesse, pois não dispunha de ferramentas e recursos para tanto, embora tenha o poder para determinar execução específica ou para punir o descumprimento deliberado. E as autoridades concorrenciais tampouco têm esse poder (considerando uma demanda contratual *inter partes*), mas podem analisar a questão sob a perspectiva dos efeitos no mercado. Hoje, são análises estanques e separadas. Elas precisam dialogar. É imprescindível trazer luz a esse ponto cego, para que se possa enxergar e discutir o que se passa ali e proporcionar uma análise interdisciplinar do problema prático que é complexo – como a realidade irrefutavelmente é. O Direito é capaz de oferecer essa iluminação (não é preciso recorrer a Moral), mas para tanto não se pode pensar em incidências isoladas do Direito Concorrencial, de um lado, e do Direito Contratual, de outro. A tarefa é difícil, mas justamente por isso, desafiadora e instigante.

## REFERÊNCIAS

BERNSTEIN, Lisa. Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions. *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper no. 133*, 2001. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=281437>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>23</sup> Sabe-se que a atuação da Companhia de Bebida das Américas foi considerada concorrência desleal em outro processo (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9112793-79.2007.8.26.0000. DJ. 12.06.2013). Essa circunstância não desautoriza a crítica aqui feita, já que: (i) a análise do litígio contratual realmente desconsiderou aspectos concorrenciais; (ii) concorrência desleal, na forma como atualmente prevista na Lei 9.279/96, tem contornos bastante mais restritos que o Direito Concorrencial; e (iii) a concorrência desleal foi invocada, no caso, para justificar a incidência de uma forma especial de responsabilidade civil.



CAHOY, Daniel R. Oasis or mirage?: efficient breach as a relief to the burden of contractual recapture of patent and copyright limitations. *Harvard Journal of Law & Technology*. v. 17, 2003.

EPSTEIN, Richard A. Intellectual Property and the law of contract: the case against 'efficient breach'. *HOOVER IP*. Working Paper Series n. 13002, 2013. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2344856> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2344856>>. Acesso em: 10 out. 2016.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARKOVITS, Daniel; SCHWARTZ, Alan. (In)Efficient Breach of Contract. In: Parisi, F. (Ed.). *Oxford Handbook of Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

\_\_\_\_\_. *Yale Law & Economics Research Paper n. 539*. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2758741>>. Acesso em: 10 out. 2016.

86

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MCNEIL, Ian. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*. v. 68. n. 5, maio 1982.

POSNER, Richard. Let's never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*. v. 107, no 8, jun. 2009.

REZENDE, Christiane L; ZILBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan-jun 2011.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação n. 591.028.295. DJ. 06.06.91.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 7155293-9. DJ. 09.04.2008.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 9112793-79.2007.8.26.0000. DJ. 12.06.2013.



SCALISE JR., Ronald. Why no efficient breach in civil law? A comparative assesement of the doctrine of efficient breach in contract. *The American Journal of Comparative Law*. v. 55, n. 4, 2007.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução de Macarena Von Carstenn Lichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991.

SIDHU, Dawinder S., The immorality and inefficiency of an efficient breach. *Transactions: the Tennessee Journal of Business Law*. v. 8, 2006, p. 61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=936223>>. Acesso em: 10 out. 2016.

VARELLA, Antunes. *Direito das Obrigações*. v. I. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

WILKINSON RYAN, Tess. Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment. *Michigan Law Review*. v. 108, 2010. Disponível em: <SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1299817>>. Acesso em: 10 out. 2016.

87

Submissão: 29/10/2016

Aceito para Publicação: 30/11/2016



## A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS NA INTERNET NO BRASIL: ANÁLISE DE DECISÕES PROFERIDAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

### PROTECTION OF PERSONAL DATA ON INTERNET IN BRAZIL: ANALYSIS OF THE SUPREME COURT JUDGEMENTS

Francieli Puntel Raminelli\*

Letícia Bodanese Rodegheri\*\*

**RESUMO:** As Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC) estão cada vez mais inseridas no cotidiano dos indivíduos sendo, muitas vezes, ignorado o seu potencial ofensivo. Isso se mostra factível quando se trata da proteção de dados pessoais, que, se mal empregados, podem ser comercializados e causarem danos aos titulares. A União Europeia possui inúmeras diretrizes para a regulamentação do tema, as quais foram seguidas por outros países como, por exemplo, a Argentina. No Brasil, apesar da edição da Lei n.º 12.965, de 2014, ainda restam muitas questões não regulamentadas, cuja solução fica a cargo do Poder Judiciário, que as soluciona de acordo com o ordenamento jurídico existente no país. O presente trabalho objetiva, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, apresentar o tema em sua perspectiva teórica, analisar a lei Argentina existente, como um marco referencial e, ao final, examinar o tratamento da matéria no Brasil, por meio de algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para tanto, também foi empregado o método de procedimento monográfico (estudo de caso) juntamente com a técnica de pesquisa documental. Conclui-se ser necessária e emergencial a regulamentação da proteção aos dados pessoais no Brasil, devendo ser utilizadas as diretrizes já existentes em outros países como parâmetros.

**PALAVRAS-CHAVE:** Proteção de dados pessoais. Direito à Intimidade. Direito à Privacidade. Lei Argentina de Proteção de Dados. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A Tutela da Intimidade e dos Dados Pessoais na Internet. 2 A Proteção dos Dados Pessoais na América Latina: a Experiência Argentina. 3 O Tratamento dos Dados Pessoais no Brasil: Casos Concretos. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** The Information and Communication Technologies (ICT) are increasingly embedded in daily life, but their offensive potential is often ignored. When the protection of personal data fails, the information can be commercialized and cause damage to the users. The European Union has numerous guidelines for the regulation of the subject, which were followed by other countries, such as Argentina. In Brazil, despite the enactment of the Law n.º 12.965/2014, there are still many unregulated issues, which are solved only through litigation, in accordance with the existing legal system in the country. Through a deductive method of approach, this research aims to present the theme in its theoretical perspective, analyzing the existing law in Argentina and examining the legal treatment in Brazil, with especial attention to Supreme Court decisions. In this intention, a study case method and a documental technique of research were adopted. The conclusion is that it is necessary to regulate the protection of personal data in Brazil, embracing the guidelines of other countries as parameters.

**KEYWORDS:** Protection of personal data. Right to Privacy. Argentinean Law on Data Protection. Supreme Court Judgments.

89

## INTRODUÇÃO

\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, com período de pesquisa e atuação com professora convidada na Universidade de Sevilla, Espanha. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM) e da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Membro do Centro de Estudos e Pesquisa em Direito e Internet, registrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul.

A utilização das Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC) impactam nas mais variadas searas da vida humana. Há a possibilidade de comunicação instantânea – texto, áudio e vídeo –, de recebimento e busca por informações, compras eletrônicas, emissão de documentos, entre outros. No entanto, na mesma medida em que as TIC favorecem que uma infinidade de ações seja realizada por meio da Internet, emergem conflitos e violações de direitos fundamentais, que requerem uma solução do Direito.

Por mais recente que sejam as inovações trazidas pela utilização da Internet, não se pode desconsiderar a criação de um ambiente em que há, em regra, ampla liberdade de expressão, rapidez na troca de informações e transposição de barreiras territoriais e temporais. Diante de características peculiares e totalmente diferentes daquelas com as quais o sistema jurídico estava habituado a interferir, tem-se visualizado a necessidade de edição de legislação específica para tutelar os direitos relacionados a esta utilização.

Verifica-se que as TIC influenciam diretamente na seara jurídica, de forma que a sua utilização apresenta impactos nas mais variadas áreas do Direito, dando-se destaque, no presente trabalho, à tutela de direitos fundamentais.

A grande questão a ser enfrentada consiste em verificar que a regulamentação da proteção à privacidade e, em específico, dos dados pessoais, já existe em vários países europeus – pioneiros na abordagem do assunto – e, também, na Argentina. Esse país da América Latina, vizinho do Brasil, há mais de quinze anos regulamentou a questão, já tendo, inclusive, recebido um certificado de segurança no tratamento de dados pessoais pela União Europeia. No Brasil, apesar da promulgação da Lei n.º 12.965/2014, que institui o Marco Civil na Internet e aponta a proteção de dados do usuário perante provedores, não existe uma legislação vigente acerca da proteção de dados pessoais, sendo que, apenas no ano de 2016, o anteprojeto de proteção de dados pessoais foi encaminhado à Câmara dos Deputados.

Diante deste cenário, o presente trabalho objetiva, utilizando-se do método de abordagem dedutivo, averiguar a proteção dos dados pessoais existente na Argentina para, em um segundo momento, examinar o tratamento que vem sendo conferido no Brasil, por meio de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. Para a observação junto ao *site* do Supremo Tribunal Federal, empregou-se a técnica de pesquisa documental e o método de procedimento monográfico, sendo que a pesquisa versou sobre a existência de julgados contendo as seguintes palavras: “privacidade” e “internet”.

O artigo foi dividido em três tópicos centrais. Na primeira parte, abordou-se o direito à intimidade e à vida privada que, em um primeiro momento foi tratado como o “direito a estar só” e, posteriormente, como um direito de exigir prestações concretas do Estado, a exemplo do conhecimento, correção e determinação do uso das informações e dados pessoais. Na sequência, a análise centrou-se na legislação da Argentina, no que concerne à proteção de dados pessoais, presente na Lei nº 25.326 de 2000. E, por fim, o objeto de estudo recaiu sobre a realidade brasileira, por meio de casos práticos que demonstram como as lides relacionadas à proteção dos dados pessoais na Internet vêm sendo decididas no país.

## 1 A TUTELA DA INTIMIDADE E DOS DADOS PESSOAIS NA INTERNET

Atualmente, pode-se afirmar que se vive em uma Sociedade da Informação, fundamentalmente ligada à utilização das Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC), conhecidas como o computador, o acesso à Internet, os telefones móveis, a televisão interativa, entre outros. Trata-se de uma época em que as pessoas detêm a capacidade de firmar um contato direto com uma “[...] gama crescente de dados consultados diretamente, o que lhes conferiu maior autonomia de escolha, pois a informática permitiu digitalizar as informações, armazená-las, tratá-las automaticamente, transportá-las e colocá-las à disposição do usuário final, o que antes não acontecia” (SILVA, 2010, p. 3907).

As TIC permitem que uma infinidade de informações e dados sejam lançados e difundidos na *web*, justamente por caracterizar-se como um ambiente em que qualquer pessoa pode, independentemente de barreiras temporais ou territoriais, nela expressar opiniões, comentários, críticas e, também, inserir dados pessoais. Trata-se de uma das principais características do meio, qual seja, a liberação da emissão, pois permitem a qualquer pessoa “[...] consumir, produzir e distribuir informação sob qualquer formato em tempo real e para qualquer lugar do mundo sem ter de movimentar grandes volumes financeiros ou ter de pedir concessão a quem quer que seja” (LEMOS; LÉVY, 2010, p. 25, grifo do autor).

A questão também pode ser abordada sob a perspectiva da existência de um “superinformacionismo”, caracterizado como a grande quantidade de informações que circulam na Internet, “sobre tudo e sobre todos”. Neste sentido, os cibernautas utilizam-se da rapidez com que as informações são transmitidas, da ampla liberdade (em regra não há filtros prévios à publicação) e do fácil acesso, pois é suficiente um computador com acesso à



Internet para que várias opções, matérias e argumentos sejam conhecidos e debatidos por uma infinidade de cidadãos.

A Internet constitui-se em um espaço aberto e propício ao fomento de debates relativos a temáticas outrora discutidas apenas de forma presencial. Assuntos como política, economia, relações sociais, liberdade, democracia, entre outros, estão em constante discussão no meio. Ao publicar conteúdo na *web*, o cibernauta não somente opta pelo assunto de seu interesse e emite uma opinião ou crítica, como também engaja e movimenta outros cidadãos na defesa de interesses e escolhas que, muitas vezes, apresentam reflexos fora da Internet.

A quantidade de informações disponível na *web* também se mostra como outra vantagem para os internautas, pois podem valer-se das notícias mais interessantes sobre um determinado assunto, selecioná-las, debatê-las e até mesmo contestá-las, criando um ambiente de discussão sobre o tema que acharem mais conveniente em relação ao meio ambiente.

No entanto, o grande desafio que se coloca à frente dos cidadãos é o controle dos dados pessoais que pode ser feito por empresas ou, até mesmo, pelos governos. Há possibilidade de verificação, por meio de um monitoramento *online*, de preferências artísticas, musicais, hábitos de vida, de viagens, operações financeiras, orientação sexual, crenças religiosas, entre outros. Pérez Luño trata que o cruzamento destes dados pode resultar na “síndrome do aquário”, porque os cidadãos vivem em uma casa de cristal, que pode ser constantemente observada e controlada (PÉREZ LUÑO, 2004, p. 96).

Diante da larga utilização da Internet e, conseqüentemente, das mais variadas implicações nas searas da vida humana, há a necessidade de tutela, de forma mais específica e direta, dos dados pessoais e do reconhecimento do direito à autodeterminação informativa no ambiente digital.

Interessa, em um primeiro momento, conceituar os dados pessoais como “[...] qualquer informação (numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica), independentemente do suporte (som e imagem), referente a uma pessoa identificada ou identificável” (CASTRO,

2005, p. 70). A Diretiva nº 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995<sup>1</sup> define, em seu artigo 2º, os dados pessoais, como sendo:

[...] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa ou indirectamente, nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica, cultural ou social (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

Há uma variedade de tipos e classificações para os dados pessoais<sup>2</sup>. Entre eles, mostra-se relevante a distinção entre dados em sensíveis e não-sensíveis. Por dados sensíveis, entende-se como os referentes à ideologia, religião ou crença, origem racial, saúde ou vida sexual. Por sua natureza distinta, devem ter especial proteção, a fim de evitar situações de discriminação como, por exemplo, a divulgação de dados relacionados à saúde de determinado indivíduo, que pode resultar em uma não contratação (área trabalhista). Têmis Limberger afirma que tais dados têm uma “[...] potencialidade maior de causar ofensa aos direitos fundamentais, não somente no tocante ao direito à intimidade, mas, especialmente ao princípio da igualdade” (LIMBERGER, 2007, p. 203).

Dados não-sensíveis são, portanto, aqueles não considerados como detentores de especial proteção por não violarem, diretamente, o princípio à igualdade. De acordo com a Diretiva nº 95/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, em se tratando de dados não sensíveis, é aplicado o artigo 7º, sendo suficiente o consentimento inequívoco para sempre

<sup>1</sup> A título ilustrativo há a Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, também relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas (Diretiva “Privacidade e Comunicações Electrónicas”). Embora a diretiva conceitue os dados pessoais, amplia a proteção ao tratar, por exemplo, da segurança no tratamento dos dados, em que o fornecedor de serviços de comunicações eletrônicas é obrigado a garantir o acesso aos dados pessoais unicamente a pessoas autorizadas, proteger os dados pessoais contra destruição, perda ou alteração acidentais, garantir a aplicação de uma política de segurança relativa ao tratamento de dados pessoais, entre outras determinações (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

<sup>2</sup> Exemplificando, os dados podem ser considerados dados públicos ou privados. Os primeiros podem ser entendidos como “[...] aqueles do conhecimento geral, fazendo parte do conhecimento e acervo da sociedade, como os que constam de cadastros à disposição do público e dos dados registrados em cartórios e repartições públicas, não cobertos pelo sigilo. Assim podem ser considerados dados públicos: nome, endereço, número de telefone, sexo, CPF, data de nascimento, profissão, identidade civil e/ou profissional, estado civil e filiação partidária” (VEIGA; ROVER, 2004). Para esses autores, dados privados, por sua vez, são os relativos à pessoa física ou jurídica que se mantêm na esfera privada dos cidadãos ou da empresa, não sendo, portanto, do conhecimento geral. Como exemplos, citam-se as informações confidenciais, sigilosas e estritamente pessoais, dentre as quais os atos da vida pessoal do cidadão, hábitos de consumo, preferências de lazer, comunicações realizadas, correspondência recebida e emitida (incluindo-se os *e-mails*), bem como as páginas da Internet com restrição de acesso (VEIGA; ROVER, 2004).

utilizados. Por outro lado, no caso de dados sensíveis, utiliza-se o artigo 8º, sendo necessário o consentimento explícito, ou seja, expresso e escrito (UNIÃO EUROPEIA, 1995).

A proteção dos dados pessoais, públicos ou privados, sensíveis ou não, está diretamente relacionada à tutela da intimidade e da vida privada dos indivíduos. Convém recordar que o direito à intimidade nasce, via de regra, com um aspecto negativo, qual seja, o direito a não ser molestado. Destaque-se, neste ponto, que o direito à intimidade foi mencionado, como o *right to privacy*, por Samuel Warren e Louis Brandeis, em um artigo acadêmico no ano de 1890, como um direito oponível em situações como “[...] violação de propriedade (*property*), violações da confiança (*breach of confidence*), violações do direito do autor (*copyright*) e também dos casos de difamação (*defamation*)” (LIMBERGER, 2007, p. 55). Nessa época, o direito à intimidade tem a conotação como o “direito a ser deixado em paz”, traduzindo-se claramente um direito de primeira geração, que prima pela liberdade.

Posteriormente, este direito evolui em direção a um aspecto positivo, qual seja, o direito a requerer prestações do Estado. Compõe uma visão atual da intimidade, que se entende como mais ativa e dinâmica, contemplando a possibilidade de conhecer, acessar e controlar as informações que concernem a cada pessoa (PÉREZ LUÑO, 2013, p. 119). Constitui-se em um período diretamente relacionado ao Estado Social, em que os cidadãos passam a poder exigir providências do Estado, período em que nasce o *habeas data*<sup>3</sup>.

Pérez Luño, na mesma esteira, trata que este direito a “estar só”, entendido como um direito à solidão, traduzindo-se em um conceito fechado e estático da intimidade, cedeu lugar a uma concepção ativa e dinâmica, em que a intimidade é tratada como a possibilidade de conhecer e controlar as informações concernentes à pessoa. Por isso, aborda a intimidade não como um estado de auto confinamento, mas como uma determinada relação com os outros, como uma qualidade social da pessoa (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 91).

Decorrente desse aspecto positivo do direito à intimidade aborda-se a autodeterminação informativa como um direito fundamental com conteúdo próprio, que não se limita a garantir

<sup>3</sup> Interessa salientar que Danilo Doneda, no artigo “Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais”, trata da experiência brasileira na adoção do *habeas data* como o primeiro país a constitucionalizar a garantia. No entanto, faz a crítica de que o instituto ainda não evoluiu a ponto de albergar as questões relacionadas com a utilização da Internet, limitando-se a permitir que o cidadão conheça diretamente os dados e, se necessário, requeira a retificação. Resume-se, portanto, ao binômico acesso/retificação, sem pensar em uma garantia que se adeque “[...] à maleabilidade e dinamicidade do fenômeno tecnológico” (DONEDA, 2008).

a vida privada e a intimidade<sup>4</sup>. Constitui direito do cidadão conhecer, corrigir e, também, determinar a quem, como, quando e de que forma os seus dados pessoais serão divulgados.

Catarina Sarmiento e Castro, ao tratar do conflito entre os direitos fundamentais e a segurança, especialmente após o atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001, trata da autodeterminação informativa como um novo direito fundamental, relacionando o tratamento de informações com a informática (CASTRO, 2013, p. 07). Exemplificando, cita a experiência alemã, no ano de 1983, com a Lei do recenseamento geral, que reconheceu “[...] o direito do indivíduo à *proteção contra a utilização* dos seus dados pessoais, bem como o direito de este *determinar a utilização e divulgação* dos dados que lhe respeitam” (CASTRO, 2013, p. 11, grifos das autoras).

Percebe-se que a revolução propiciada pelo advento e difusão da Internet imprimiu um novo significado ao direito à intimidade. Por isso, o cidadão não tem apenas o direito de estar só, mas também a possibilidade de exigir prestações concretas, quer dizer, exigir informações, corrigi-las e, ainda, controlar sua utilização.

Interessante notar que a necessidade de proteção jurídica do cidadão origina-se na constatação de que os dados pessoais que circulam na *web* possuem um conteúdo econômico, ou seja, de que há a possibilidade de comercialização de tais dados. O direito à informação vem sendo, portanto, cada vez mais tratado como uma mercadoria, sob a qual incidem interesses econômicos. Isso decorre, em grande parte, dos fenômenos originados com a globalização e com a crescente importância destinada ao capital que faz com que, inclusive, seja reconhecido, de acordo com Maria Eduarda Gonçalves, um direito de propriedade sobre a informação (2003, p. 210).

Entretanto, a informação não deve ser considerada somente com um viés econômico, de modo que os cidadãos não sejam tomados como consumidores, atores ou produtores de informação, mas como cidadãos que demandam proteção estatal. Torna-se necessário regulamentar os direitos relacionados à Internet para que haja maior segurança na utilização

<sup>4</sup> Em sentido contrário, Têmis Limberger cita a existência de uma tese negativa acerca da autodeterminação afirmativa constituir-se em um direito fundamental. A título ilustrativo, cita a posição de Erthard Denninger, que defende ser a autodeterminação informativa uma posição já estabelecida há anos, sendo completada por obra da jurisprudência. Para essa corrente, a autodeterminação constitui-se em uma faculdade de dispor dos dados pessoais decorrente da autonomia da conduta, ou seja, como um complemento, advindo da jurisprudência, do direito geral da personalidade que, na atualidade, sofre as consequências da relação entre a intimidade das pessoas e a elaboração eletrônica de dados (LIMBERGER, 2007, p. 105-106).

do espaço e, também, para que o direito à privacidade seja preservado, especialmente quando em conflito com outros direitos fundamentais.

No Brasil, a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, propõe-se a estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil (BRASIL, 2014). Acerca da proteção de dados, especificamente, prevê a garantia de proteção e privacidade aos usuários, dependendo, no entanto, da promulgação de lei específica, que ainda está em discussão. Assim, embora o Marco Civil da Internet represente um avanço brasileiro no pertinente ao ciberespaço, ainda é necessário um amadurecimento normativo (FORTES; BOFF; CELLA, 2014, p. 169), com a criação de novos regramentos e leis na matéria cibernética<sup>5</sup>. A lei de proteção de dados pessoais é um dos passos a ser dado neste sentido.

Interessa, para o presente estudo, apresentar a Lei de Proteção de dados da Argentina, país latino-americano próximo ao Brasil que, desde o ano 2000, já possui sólida regulamentação acerca da tutela dos dados pessoais. Este é o objetivo do tópico que segue.

96

## 2 A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS NA AMÉRICA LATINA: A EXPERIÊNCIA ARGENTINA

No contexto da América Latina, a maior parte dos países ainda não regulamentou a matéria pertinente à proteção de dados pessoais. Em geral, existem apenas leis setoriais sobre o tema, como, por exemplo, a lei acerca da vida privada, no Chile<sup>6</sup> e a lei sobre informações

<sup>5</sup> Ressalte-se que em maio de 2016 foi editado o Decreto n.º 8.771, que regulamenta a Lei n.º 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações (BRASIL, 2016a). Apesar do avanço em regulamentar o tema, inclusive conceituando os dados pessoais no artigo 14, entende-se que a proteção aos dados pessoais ainda se mostra insuficiente, conforme se observa no decorrer do artigo.

<sup>6</sup> Trata-se da Lei nº 19.628/99, que foi promulgada no dia 18 de agosto de 1999 e publicada no dia 28 de agosto do mesmo ano, divida, atualmente, em seis títulos e vinte quatro artigos. De acordo com o projeto, esta lei baseou-se em legislações da Espanha, França, Grã-Bretanha, Noruega e Argentina (CHILE, 1999). Mais informações sobre a Lei podem ser encontradas no *site* da Biblioteca Nacional do Congresso do Chile. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599&buscar=19.628>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

de caráter privado, no Paraguai<sup>7</sup>. Há alguns anos, países como Peru<sup>8</sup> e México<sup>9</sup> promulgaram leis específicas de proteção aos dados. No Brasil, desde 2010 é discutido o anteprojeto de lei (BRASIL, 2015a), que somente foi encaminhado à Câmara dos Deputados em maio de 2016 – Projeto de Lei n.º 5276/2016 (BRASIL, 2016b).

No entanto, dois países que já possuem legislação acerca do tema destacam-se: Argentina e Uruguai. Este último iniciou a regulamentação da matéria em 2004, com a Lei n.º 17.838, que tratava da restrição de dados para informações comerciais – além de estabelecer o *habeas data* (URUGUAY, 2004). Em 2008 essa proteção foi expandida com a promulgação da Lei n.º 18.331, tratando especificamente da proteção de dados pessoais e da ação de *habeas data* (URUGUAY, 2008). Em agosto de 2012, a Comissão Europeia, nos termos da Diretiva 95/46/CE, decidiu que a República Oriental do Uruguai possuía adequação do nível de proteção de dados pessoais no relativo ao seu tratamento automatizado<sup>10</sup>.

A Argentina, por sua vez, primeiro país latino-americano que editou uma lei de proteção de dados, recebeu certificação da União Europeia quanto ao nível de segurança no tratamento das informações<sup>11</sup>, apresentando maior abrangência ao tratar do assunto em sua primeira lei sobre o tema, bem como o decreto que regulamenta e detalha a Lei. Em linhas gerais, a Lei de n.º 25.326/00 estabelece direitos e deveres, cria os órgãos de supervisão de proteção de dados e estabelece sanções em caso de descumprimento. Por esta “amplitude” na abordagem da matéria e o reconhecimento dado pela União Europeia acerca de sua segurança, tem-se que a Lei Argentina de Proteção de Dados é uma excelente referência existente na América Latina e pode ser um bom modelo para a regulamentação em outros países, motivo pelo qual será analisada com mais profundidade a seguir.

<sup>7</sup> A Lei é a de n.º 1.682/01, que foi promulgada em 16 de janeiro de 2001. (PARAGUAI, 2001). Disponível em: <<http://www.senado.gov.py/leyes/index.php?pagina=leyes&id=1031>>. Acesso em: 25 jan. 2016. Referida Lei foi complementada (com artigos ampliados, modificados ou derogados) pela Lei n.º 1.969 de 2002. Disponível em: <[http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/paraguay/Ley\\_1969\\_de\\_2002.pdf](http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/paraguay/Ley_1969_de_2002.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

<sup>8</sup> Trata-se da Lei n.º 29.733/11 (PERU, 2011). Disponível em: <<https://www.huntonprivacyblog.com/uploads/file/Ley%2029733.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

<sup>9</sup> Publicada no dia 11 de junho de 2002. (MÉXICO, 2002). Disponível em: <[http://www.contasabertas.com.br/website/noticias/arquivos/1095\\_lei%20acesso%20info%20mex.pdf](http://www.contasabertas.com.br/website/noticias/arquivos/1095_lei%20acesso%20info%20mex.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

<sup>10</sup> Trata-se da diretiva 2012/484/EU. (UNIÃO EUROPEIA, 2012). Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:227:0011:0014:PT:PDF>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

<sup>11</sup> (UNIÃO EUROPEIA, 2003). Decisão da Comissão Europeia. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/adequacy/decision-c2003-1731/decision-argentine\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/adequacy/decision-c2003-1731/decision-argentine_en.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

A Lei nº 25.326, sancionada e promulgada no mês de outubro do ano 2000, possui o intuito de reger o direito à privacidade no pertinente aos dados pessoais do usuário. Este direito, que se encontra inserido entre os direitos de personalidade, tem como fundamento “[...] o direito de todo indivíduo de ser respeitado como pessoa e não ser prejudicado na sua existência e em sua dignidade<sup>12</sup>” (DELPECH, 2004, p. 279). Mais especificamente, tendo em vista o impacto das novas tecnologias, que facilitaram a coleta e o armazenamento de dados pessoais, tem-se que uma legislação que regulamente o tratamento de dados e proteja o cidadão é necessária, principalmente porque diz respeito a direitos protegidos genericamente nas Constituições<sup>13</sup>.

Neste sentido, em muitas ocasiões o direito à privacidade entra em conflito com o direito à informação, porque alguns dados, em respeito ao primeiro, devem ser protegidos e mantidos em segredo, podendo violar o direito à informação de outras pessoas. Em que pese serem ambos direitos reconhecidos como direitos fundamentais na maioria dos Estados, deve-se sempre objetivar um equilíbrio entre eles, evitando que a proteção de um interfira no outro (DELPECH, 2004, p. 279). É por este motivo que se encontra na Lei Argentina, por exemplo, a possibilidade de retificação, atualização ou supressão de dados, soluções que respeitariam tanto o direito à privacidade como o direito à informação. Entretanto, é importante ressaltar que de acordo com o caso concreto deve-se analisar a melhor solução, “acomodando e situando” direitos dentro de uma perspectiva aceitável (BAUZÁ, 2013, p. 55).

Os dados pessoais estão caracterizados na legislação argentina como “informação de qualquer tipo referida a pessoas físicas ou de existência ideal determinadas ou determináveis” (ARGENTINA, 2000). Além da mera classificação como “informações”, deve-se lembrar de que a combinação de dados pessoais permite a obtenção de um perfil muito preciso dos interesses e atividades de um indivíduo, sendo que estes dados podem ser utilizados para fins diversos, principalmente comerciais e publicitários. Ademais, surgem outros riscos, mais preocupantes, como é o caso de roubo de identidade, para fins criminosos, ou até mesmo perda de um possível emprego, devido a buscas prévias acerca do candidato pela empresa que deseja contratar (DOMÍNGUEZ, 2013).

<sup>12</sup> Este e outros trechos da doutrina de Horacio Fernandez Delpech, pesquisador argentino que analisa a relação entre o Direito e as Novas Tecnologias, bem como de outros autores de língua espanhola, são de livre tradução das autoras.

<sup>13</sup> É o caso do Brasil, em que estão expressamente previstas como direitos fundamentais a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, sem definir, entretanto, o que seriam violações a esses direitos.

É diante deste contexto de utilização comercial (e também outros fins, em que se pode afetar a privacidade e a segurança) não autorizada pelos usuários que a existência de leis regulamentadoras ganha importância e se justifica. Como afirmou Sánchez Bravo (1998, p.53), ainda nos primórdios da Internet, a proteção de dados pessoais “[...] frente a possíveis abusos informáticos, dentro do âmbito da liberdade dos cidadãos, vem determinada pelas exigências próprias de um Estado de Direito como proteção, não só da intimidade, senão também dos direitos e liberdades públicas em sentido amplo [...]”.

A construção da República Argentina acerca do direito à privacidade e à proteção de dados pessoais iniciou-se com a inclusão do artigo 1071 “bis” do Código Civil<sup>14</sup>, que previa sanções àqueles que praticassem atos lesivos à intimidade alheia. A doutrina, na época, mostrou-se dividida acerca da eficácia da modificação, porque foi considerada por muitos como “[...] uma norma de regulamentação estéril” (DELPECH, 2004, p. 283). Quase duas décadas depois, com a reforma da Constituição da Nação Argentina de 1853-1860 em 1994<sup>15</sup>, incluiu-se expressamente a ação de *habeas data* como forma de amparo e proteção da intimidade e dos dados pessoais, o que também foi acolhido pela Constituição da Cidade de Buenos Aires.

Ainda, em dezembro de 1996, foi promulgada a Lei 24.766, que define sanções penais para os delitos de violação de segredos e para a ilegítima divulgação de informações de pessoas físicas ou jurídicas armazenadas em meios informáticos. Estes crimes, no entanto, aplicam-se a bases de dados não estatais e definem somente pena de multa quando o autor não for funcionário público – única pena possível tendo em vista que a Lei aplica-se apenas a funcionários não estatais (ARGENTINA, 1996).

Por fim, em outubro de 2000, foi sancionada a Lei 25.326, conhecida por Lei de Proteção de Dados Pessoais, sendo seu decreto promulgado em novembro de 2001. Possui como objetivo fundamental a proteção total de dados pessoais de bancos públicos ou privados destinados a fornecer informação<sup>16</sup>, com o fim de garantir o direito à honra e à intimidade das

<sup>14</sup> Tal alteração ocorreu em outubro de 1975. (ARGENTINA, 2000).

<sup>15</sup> Art. 43 [...] “Toda pessoa poderá propor esta ação para tomar conhecimento dos dados a ela referidos e de sua finalidade, que constem em registros ou bancos de dados públicos, ou os privados destinados a prover informações, e no caso de falsidade ou discriminação, para exigir sua supressão, retificação, confidencialidade ou atualização daqueles. Não poderá se afetar o segredo das fontes de informação jornalística” (SEPARATA, 2009). Livre tradução.

<sup>16</sup> Da leitura da Lei e do Regulamento, depreende-se que não são somente os bancos de dados com o intuito de fornecer informações que estão submetidos à Lei 25.326/00, mas todos aqueles que formem arquivos, registros ou banco de dados que não sejam para uso exclusivamente pessoal (DELPECH, 2004, p. 287).



peçoas, consoante o art. 43 da Constituição Nacional da República Argentina (DELPECH, 2004, p. 285). Por ser uma lei nacional, tem alcance em todo território do país, além de proteger cidadãos argentinos e estrangeiros, dentro ou fora do país, e sempre que os dados estejam armazenados dentro do território argentino (ARGENTINA, 2000).

No pertinente à forma de coletar os dados, a Lei Argentina determina, em regras gerais, que estes devem ser determinados, certos, adequados e pertinentes de acordo com o âmbito e a finalidade para a qual foram colhidos. Somente podem ser captados de forma leal<sup>17</sup> e legal<sup>18</sup>, não sendo possível utilizá-los para objetivos diversos dos informados aos titulares da informação, além de ser obrigatória a exatidão e atualização se necessário. Ainda, ao titular deve ser possível acessá-los, sendo imperativa a destruição dos dados quando não forem mais necessários ou pertinentes para os fins pelos quais foram recolhidos (ARGENTINA, 2000).

A Lei 25.326 prevê expressamente, em rol taxativo, quais são os dados considerados sensíveis e quais as exceções em que poderão ser recolhidos. Isto porque a regra é a da proibição do tratamento destes dados, que poderão ser objeto de recolhimento em apenas cinco casos<sup>19</sup>: quando forem de relevante interesse geral, autorizado por lei; quando usadas para fins científicos ou de estatística e os titulares não possam ser identificados; em relação às associações religiosas ou organizações políticas, que poderão ter um registro de seus membros; com relação a dados relativos a antecedentes penais e contravenções, que poderão ser utilizados por autoridades públicas competentes; e, por fim, estão permitidos o recolhimento e tratamento de dados em estabelecimentos de saúde públicos ou privados e dos profissionais que tratam ou trataram o indivíduo, ressaltando-se os princípios do sigilo profissional (ARGENTINA, 2000). Ainda, no mesmo artigo sétimo, há a previsão da proibição (no parágrafo terceiro) de registros ou bancos de dados sensíveis mesmo com a

<sup>17</sup> O art. 6º da Lei indica quais informações obrigatoriamente devem ser prestadas ao titular da informação, quais seja: a finalidade do recolhimento e quem pode ser seu destinatário, a existência de arquivo, registro ou similar, o assunto e o responsável, o caráter obrigatório ou facultativo das respostas aos questionários, as consequências de proporcionar os dados, não proporcionar ou proporcioná-los sem exatidão e a possibilidade acerca de direitos de acesso, de retificação e de supressão dos dados (ARGENTINA, 2000).

<sup>18</sup> O art. 5º da Lei estabelece a ilicitude de tratamento dos dados pessoais quando “o titular não houver prestado seu consentimento livre, expresso e informado” (ARGENTINA, 2000).

<sup>19</sup> As exceções estão previstas no art. 7º (ARGENTINA, 2000).

autorização dos titulares da informação, ressalvando-se, por certo, as exceções acima previstas<sup>20</sup>.

Verifica-se, expressamente, que a Corte Suprema de *Justicia de la Nación* Argentina aplica o disposto na Lei 25.326/00, a exemplo do seguinte julgado:

DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACION PUBLICA - SUBSIDIO - PROTECCION DE DATOS PERSONALES - INTERPRETACION DE LA LEY  
 Cuando el decreto 1172/03 (Anexo VII, Reglamento General del Acceso a la Información Pública para el P.E.N.), regula las excepciones al deber de proveer información, no determina de manera autónoma -en la materia que aquí interesa- lo relativo a los "datos sensibles" que fundamentan la restricción a aquel deber genérico, sino que se remite, lisa y llanamente, a lo normado en la ley 25.326, no pudiendo informarse lo relativo a "datos sensibles", siendo éstos los definidos por dicha ley en su art. 2º, por lo que el accionar de la demandada- quien se opone a brindar información acerca de subsidios sociales- constituye una pretensión de extender lo "sensible" más allá de los límites marcados por dicha norma, atribuyéndose una prerrogativa que solo compete al legislador. -Voto de los jueces Enrique S. Petracchi y Carmen M. Argibay y voto de la jueza Elena I. Highton de Nolasco- (ARGENTINA, 2014).

Neste caso, que se trata de um exemplo das diversas aplicações práticas da Lei Argentina de Proteção de Dados Pessoais, decidiu a Corte Suprema que não se deve confundir a proteção aos dados dos indivíduos, prevista expressamente na Lei, com as informações públicas, que devem ser publicizadas em casos de relevância pública e interesse social. Existindo na lei a previsão específica dos dados sensíveis, de ordem pessoal e que tratam especificamente de cidadãos em particular, não é possível que se confunda com as informações públicas, que tratam, na verdade, do dever de transparência dos Estados perante sua população.

Ainda que o intuito tenha sido o de respaldar a “proteção” de dados públicos por meio da Lei de Proteção de Dados Pessoais, que não possui esse objetivo, foi devido à especificidade da lei na definição e descrição dos dados pessoais sensíveis, que a Corte, com a simples indicação de artigo de lei, solucionou a questão. A Corte ressaltou, ademais, que a atividade legislativa cabe somente aos legisladores (Poder Legislativo) e a nenhum outro agente. Observa-se que, na realidade, a existência da lei cumpriu seu objetivo, protegendo os indivíduos, e não respaldando a violação de direito à informação pública.

<sup>20</sup> É a redação do art. 7º, 3: “Queda prohibida la formación de archivos, bancos o registros que almacenen información que directa o indirectamente revele datos sensibles. Sin perjuicio de ello, la Iglesia Católica, las asociaciones religiosas y las organizaciones políticas y sindicales podrán llevar un registro de sus miembros” (ARGENTINA, 2000). É interessante ressaltar que nas leis espanholas e chilenas sobre o tema, ainda que também seja proibido o tratamento dos dados sensíveis, são previstos como exceção os casos em que há o consentimento do titular (DELPECH, 2004, p. 288).

O tratamento dos dados pessoais, sensíveis ou não, impõe a adoção de medidas de segurança e dever de confidencialidade dos dados coletados. É o que apontam os artigos 8º, 9º e 10 da Lei 25.326/00 em relação ao responsável pelo banco de dados, sendo expresso que os dados se configuram como segredos profissionais, que somente poderão ser revelados mediante “[...] decisão judicial ou quando mediante razões fundadas relativas à segurança pública, a defesa nacional ou a saúde pública” (ARGENTINA, 2000). No pertinente aos direitos dos titulares dos dados, além dos direitos já elencados, podem-se citar os três que mais se destacam: o direito de informação (art. 13), o direito de acesso (art. 14) e o direito de retificação, atualização ou supressão (art. 16), todos com previsão expressa (ARGENTINA, 2000).

Uma questão interessante prevista na lei e no decreto é a obrigatoriedade de registro de todos os arquivos, registros bases ou banco de dados públicos ou privados destinados a fornecer informações. Tal registro deve ser realizado junto à Direção Nacional de Proteção de Dados Pessoais, órgão de controle vinculado ao Ministério da Justiça e dos Direitos Humanos, destinado a realizar a fiscalização do cumprimento da lei e a auxiliar os indivíduos para o pleno exercício de seus direitos e tem como principal objetivo justamente o controle junto os bancos de dados existentes (ARGENTINA, 2000).

É importante ressaltar que a Direção Nacional de Proteção de Dados Pessoais foi a responsável pela classificação e graduação das sanções impostas aos descumprimentos da lei, que foram divididas em infrações leves, graves e muito graves. Todas implicam em multa, cujo valor pode variar entre mil e cem mil pesos argentinos, a depender do caso. Ainda, a Lei prevê, no artigo 32, novas figuras penais, determinando como sanção três tipos de condutas: inserir ou fazer inserir dados sabidamente falsos em arquivos de dados pessoais; acessar de forma dolosa e ilegítima, violando os sistemas de confidencialidade, de determinado banco de dados; e revelar a terceiro segredo de banco de dados pessoais cujo segredo está obrigado a manter por força de lei (ARGENTINA, 2000).

Como se observa desta breve apresentação, a Lei Argentina de Proteção de Dados Pessoais regula os principais pontos relativos ao tema em seus quarenta e oito artigos<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> A Lei 25.326 foi modificada e complementada cinquenta e oito vezes, mas sua essência foi mantida, uma vez que as alterações na maioria são decretos, resoluções e disposições a fim de regulamentar alguns pontos. A única lei sancionada foi a de nº 26.343 de 2008, que incluiu o art. 47. Este artigo define o prazo de 180 dias para que os bancos e dados de informações creditícias eliminem informações acerca de dívidas já canceladas ou regularizadas pelos usuários (ARGENTINA, 2008).

Transcreveu-se apenas um julgado da Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina a fim de demonstrar que a Lei é utilizada pelo Judiciário para resolver os conflitos que demandam solução e, portanto, que as decisões são pautadas no texto legal, não ficando ao arbítrio do julgador.

Sendo referência na América Latina, os países vizinhos poderão utilizar-se desta Lei como uma diretriz para regulamentarem seus próprios Estados, que muitas vezes possuem maior número de internautas e, portanto, de cidadãos a ser protegidos.

Nesse sentido, verifica-se que o Brasil conta com mais de noventa e quatro milhões de internautas (CGI, 2014, p. 135) e, no entanto, ainda se discute a regulamentação sobre a proteção dos dados pessoais, cabendo ao Marco Civil da Internet – Lei 12.965/2014 – trazer um panorama geral do assunto. Com isso, os casos que chegam ao Judiciário não dispõem de lei específica para serem resolvidos, sendo necessário basear-se em normas gerais já existentes para solucionar as questões. Diante deste problema, analisar algumas decisões existentes sobre privacidade e proteção de dados no Supremo Tribunal Federal Brasileiro é o propósito do próximo título.

103

### 3. O TRATAMENTO DOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL: CASOS CONCRETOS

No Brasil, a proteção dos dados pessoais não apresenta estrutura unitária, mas se constitui em uma série de dispositivos constantes na Constituição da República, Código Civil, Código de Defesa do Consumidor, entre outros. Na Constituição da República de 1988, garante-se a liberdade de expressão (artigo 5º, IX e artigo 220) e de informação (artigo 5º, XIV, XXXIII e XXXIV e artigo 220), bem como se consideram invioláveis a vida privada e a intimidade (artigo 5º, X), especificamente a interceptação de comunicações telefônica, telegráficas ou de dados (artigo 5º, XII), a proibição da invasão de domicílio (artigo 5º, XI) e de violação de correspondência (artigo 5º, XII). Há, ainda, a instituição do *habeas data* prevendo um direito genérico de acesso e retificação de dados pessoais (artigo 5º, LXXII) (BRASIL, 1988).

Acerca da proteção constante no Código Civil, limita-se aos artigos 20 e 21<sup>22</sup>, relativos aos direitos da personalidade (BRASIL, 2002). No Código de Defesa do Consumidor refere-se, via de regra, aos bancos de dados dos consumidores, conforme artigo 43 e seguintes (BRASIL, 1990).

Recentemente, o projeto de lei n.º 2.126/11 foi aprovado e convertido na Lei n.º 12.965/14, que trata sobre o Marco Civil da Internet do Brasil, construído de forma colaborativa pela população brasileira<sup>23</sup>. Há, ainda, o anteprojeto sobre a proteção à privacidade e aos dados pessoais que, mesmo contando com participação popular em 2010 e em 2015<sup>24</sup>, somente foi encaminhado ao Congresso Nacional em maio de 2016 e está aguardando pareceres do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), na Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público (CTASP) e na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI) (BRASIL, 2016b).

Há três pilares que orientaram a construção do Marco Civil da Internet: neutralidade da rede, liberdade de expressão e privacidade dos internautas. Considerado a “Constituição da Internet” no Brasil, o Marco Civil abarcou alguns pontos que constam do projeto de lei sobre a proteção aos dados pessoais, mas ainda não regulamentou toda a matéria. Exemplificativamente, cita-se o artigo 3º, III que, ao tratar dos princípios em que a lei se baseia refere “proteção dos dados pessoais, na forma da lei” (BRASIL, 2014). Essa lei, no

<sup>22</sup> “Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

<sup>23</sup> Para a realização da discussão do texto-base produzido pelo Ministério da Justiça foi criado um blog específico (MARCO, 2016), que recebeu, ao longo do processo, mais de 2,3 mil comentários, os quais resultaram no texto legislativo enviado pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional em 2011 – Projeto de Lei n.º 2.126/11 (BRASIL, 2012a). No ano de 2016, o debate sobre o Marco Civil da Internet é reaberto, buscando-se novamente a participação popular para construir uma minuta de decreto que consolide os avanços da Lei. Trata-se de minuta contendo vinte artigos, divididos em quatro capítulos e que podem ser comentados pelos cidadãos em site vinculado ao Ministério da Justiça (BRASIL, 2016a).

<sup>24</sup> Sobre o debate realizado no ano de 2015: “O texto foi elaborado pela Senacon, em conjunto com a Secretaria de Assuntos Legislativos do MJ, após a realização de dois debates públicos, realizados via internet, um em 2010 e o segundo no primeiro semestre de 2015. No total foram mais de 2000 contribuições dos setores público e privado, academia e organizações não-governamentais. Durante os últimos cinco anos também foram realizadas inúmeras reuniões técnicas, seminários e discussões por diversos órgãos e entidades. Para a secretária Nacional do Consumidor, Juliana Pereira, a versão final do MJ amadureceu nos últimos cinco anos. [...] Para a análise das contribuições do debate público de 2015, a Senacon contou com o apoio do Comitê Gestor da Internet no Brasil e da UFMG. A proposta será encaminhada à Casa Civil” (MIGALHAS, 2015).

entanto, ainda está sendo discutida, o que resulta em uma lacuna jurídica no ordenamento brasileiro.

Por isso, em que pese a edição de uma lei para regular aspectos relacionados ao uso da Internet no Brasil, ainda há pontos que precisam ser solucionados com base na legislação já existente, por não serem abarcados pelo Marco Civil. Importante, portanto, verificar como têm sido julgados os processos que versam sobre direitos relacionados à proteção dos dados pessoais na Internet, razão pela qual foi realizado um levantamento junto ao *site* do Supremo Tribunal Federal. Na pesquisa, realizada durante o mês de dezembro de 2015, inseriram-se as palavras “privacidade internet” no mecanismo de busca relativo à jurisprudência<sup>25</sup>.

A escolha recaiu sobre o Supremo Tribunal Federal por vislumbrar-se que a principal proteção existente atualmente no Brasil, no que se refere ao direito à intimidade, está contida na Constituição da República de 1988. Como ao Supremo cabe, de acordo com o disposto no artigo 102, *caput*, da Constituição da República, a guarda da Constituição (BRASIL, 1988), optou-se por realizar a pesquisa junto a este Tribunal que, em regra, direciona os entendimentos jurisprudenciais predominantes no país.

Encontraram-se cinco resultados para a busca em questão, sendo que dois tratam do reconhecimento da repercussão geral e os demais são julgados. Deve-se recordar que o instituto da repercussão geral está previsto no artigo 102, §3º, da Constituição da República de 1988, no que se refere à competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar e julgar o recurso extraordinário. Deve ser demonstrada a repercussão geral “[...] das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros” (BRASIL, 1988).

O primeiro julgado que se refere ao reconhecimento da repercussão geral, datado em 22/03/2012, alude ao recurso extraordinário com agravo n.º 660.861, de Minas Gerais, contra acórdão que manteve, em recurso inominado, a condenação da empresa Google ao pagamento

<sup>25</sup> Com a finalidade de buscarem-se mais resultados para a pesquisa, inseriram-se as palavras “intimidade internet” no mecanismo de busca do *site* do Supremo Tribunal Federal que, no entanto, apresentou os mesmos casos de repercussão geral que os encontrados quando da busca para “privacidade internet”. A diferença consiste que, na pesquisa em que há o verbete “intimidade”, encontrou-se o julgado referente à Arguição de Descumprimento de Preceito Federal (ADPF) n.º 130/DF sobre que declarou não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 (BRASIL, 2009), bem como julgado sobre ofensa à intimidade e compensação por danos morais que, no entanto, não foi apreciado diante da ausência de prequestionamento, violações à Constituição da República não demonstradas e necessidade de reexame do conjunto fático-probatório (BRASIL, 2013a).

de indenização por danos morais, bem como a remoção da página reputada ofensiva, em virtude da criação, por terceiros, de conteúdo ofensivo no *site* de relacionamento *Orkut*. De acordo com o acórdão, foi declarada a responsabilidade objetiva do provedor, em razão do disposto no Código de Defesa do Consumidor, sendo descabida a alegação do Google, de que a criação da página considerada ofensiva e o conteúdo nela disposta seria de responsabilidade do criador do perfil (BRASIL, 2012b).

Também, a empresa alega que verificar, previamente, o conteúdo a ser publicado pelos internautas nas redes de relacionamento, consistiria em censura prévia e afronta aos artigos 5º, IV, IX, XIV, XXXIII e 220, §1º, §2º e §6º, todos da Constituição da República de 1988. De acordo com ela, restariam vulnerados a liberdade de expressão e o direito à informação. Diante da necessidade de verificar se há o dever, para a empresa, de fiscalizar o conteúdo publicado nos domínios eletrônicos sob sua responsabilidade e de retirar as informações reputadas ofensivas, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário, foi declarada a repercussão geral da matéria, apta a atingir inúmeros casos (BRASIL, 2012b).

A decisão deve ser pautada pela incidência direta dos princípios constitucionais, com a finalidade de verificar a existência ou não de responsabilidade do provedor. Destaque-se que, por inexistir norma própria, necessária a declaração da repercussão geral, com a finalidade de encontrar o correto entendimento para o caso concreto e demais análogos.

O segundo julgado em que foi reconhecida a repercussão geral refere-se à publicação de informações sobre os funcionários, empregados e servidores vinculados ao município de São Paulo. De acordo com a Lei n.º 14.720/2008, regulamentada pelo Decreto n.º 50.070/2008, há a previsão da divulgação dos vencimentos dos servidores, mas sem a vinculação de seus nomes, de forma individualizada, a qual vem sendo realizada no *site* “De olho nas Contas”. O Município sustenta que a veiculação de dados dos servidores na Internet objetiva garantir transparência aos atos e condutas dos agentes públicos, conforme artigos 5º, XIV e XXXIII e 37, ambos da Constituição da República de 1988. Ressalta a não violação ao direito à intimidade, porque todas as informações divulgadas já constaram em leis anteriormente editadas e que, consoante o princípio da publicidade, a restrição do acesso a tais informações somente deve ocorrer de forma excepcional e quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 2011a).

Consoante o julgado, a repercussão geral deve ser conhecida, porque há conflito entre direitos da publicidade e proteção da intimidade sendo que, de acordo com a prefeitura de São

Paulo, somente deveria prevalecer o último “[...] quando a divulgação dos dados acarretarem prejuízo à privacidade e segurança do funcionário”. A prefeitura também sustenta a necessidade de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, para que a questão seja uniformizada e aplicada a todos os municípios brasileiros (BRASIL, 2011a).

O reconhecimento desta repercussão geral demonstra a ocorrência de um dos mais frequentes conflitos entre direitos fundamentais: interesse público e direito à privacidade/intimidade. Destaque-se que a questão vem sendo debatida especialmente após a aprovação da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527/2011), em que qualquer pessoa pode ter acesso a documentos e informações sob a guarda dos órgãos públicos, em todos os poderes e níveis de governo. Dentre os princípios norteadores da Lei está a publicidade e a transparência das informações como a regra e, o sigilo, a exceção, bem como que a informação deve ser repassada de forma ágil, transparente e com fácil compreensão. Além de regulamentar a forma e os prazos para os pedidos e atendimentos às solicitações, a Lei também prevê que a Administração Pública deve promover, por conta própria, a divulgação das informações, independentemente de requisição dos cidadãos (artigo 8º, da Lei n.º 12.527/2011) (BRASIL, 2011b).

Diretamente relacionado com o acesso de informações pelos cidadãos, o terceiro julgado, referente a um *habeas data*, objetiva o acesso às informações constantes de sistemas informatizados de controle de pagamentos de tributos junto ao SINCOR (Sistema de Conta Corrente da Secretaria da Receita Federal do Brasil). O recurso foi provido, por se vislumbrar a existência de direito subjetivo do contribuinte para conhecer as informações que lhe diga respeito em bancos de dados públicos ou de caráter público, conforme previsão do artigo 5º, LXXII, da Constituição da República de 1988 (dispõe sobre o *habeas data*) (BRASIL, 2015b).

De acordo com o julgado, as informações fiscais, constantes do SINCOR, conexas ao próprio contribuinte, se forem sigilosas, devem ser protegidas da sociedade em geral, e não de quem a elas se referem, por força da consagração do direito à informação do artigo 5º, XXXIII, da Constituição da República de 1988. Assim, o Estado violaria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ao não permitir ao contribuinte o acesso a todas as informações fiscais inerentes aos seus deveres e ao cumprimento de suas obrigações tributárias. Extrai-se do voto do relator Ministro Luiz Fux que no ambiente virtual já se pode consultar, junto ao *site* da Receita Federal do Brasil, “[...] as informações decorrentes de



processamento de declarações, pagamentos de imposto de renda retido na fonte, entre outras informações que são cada vez mais controladas por este órgão”. E, portanto, basta permitir do acesso do contribuinte ao SINCOR pela mesma via eletrônica disponibilizada para o cumprimento de suas obrigações, uma vez que com a Constituição da República de 1988, “[...] o contribuinte deixou de ser objeto da tributação para tornar-se sujeito de direitos” (BRASIL, 2015b).

O quarto julgado encontrado na pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal refere-se a um pedido de *Habeas Corpus*, em que o paciente enviou comunicações criminosas, contendo injúria, desacato e incitação à prática de crimes, por meio de computador mantido em *lan house* e foi condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 155, 216 e 298, do Código Penal Militar. O pedido sustenta, entre outras matérias de ordem processual penal, que a condenação foi baseada em provas ilícitas, já que colhidas na *lan house* frequentada pelo paciente e que, por isso, haveria violação ao disposto no artigo 5º, XII, da Constituição da República de 1988 (BRASIL, 2012c).

No entanto, o pedido foi denegado, justificando-se não haver qualquer forma de violação à privacidade do paciente. Afirmou-se que o suposto autor dos delitos enviou panfletos *online* a diversos destinatários, tendo-se descoberto que eram enviados de determinada *lan house*. Durante a investigação criminal, o proprietário da *lan house* efetuou o reconhecimento por fotografia do autor, informou as datas e horários que frequentava o local – as quais coincidiram com as datas em que as mensagens foram enviadas –, bem como permitiu a análise do conteúdo do computador então utilizado (e também a realização de perícia), sendo encontradas as provas que identificavam o paciente como autor dos crimes (BRASIL, 2012c).

Sustenta-se, em suma, não ser necessária a autorização judicial para o acesso ao conteúdo constante nos computadores, tendo em vista a existência do prévio consentimento do proprietário dos aparelhos. Também, não era necessário o consentimento do paciente, porque o conteúdo já havia sido por ele publicado na Internet, não havendo qualquer violação à sua intimidade e vida privada. Foi, inclusive, o teor ilícito das publicações que ensejou a investigação criminal, de modo que a investigação realizada na *lan house* apenas propiciou o acesso a dados que permitiram identificar o paciente como o responsável pelo envio das mensagens (BRASIL, 2012c).

Ainda, retira-se do julgado que o paciente não apresenta direito em resguardar o sigilo sobre os dados registrados no computador existente na *lan house* e que, conseqüentemente, os identificaram como autor das comunicações ilícitas. O computador, pertencente a terceiro, poderia ser manuseado por qualquer outra pessoa que, inclusive, poderia entregá-los voluntariamente à autoridade policial e, nem por isso, seriam considerados como prova ilícita. Conclui-se que, em se tratando do acesso aos dados do computador que contou com o consentimento do proprietário, não há como se falar em violação ao direito de privacidade e nem em prova ilícita (BRASIL, 2012c).

Por fim, o quinto julgado encontrado refere-se a Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n.º 756917, de relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 29/10/2013 e que teve a repercussão rejeitada pelo Plenário do STF, sob a justificativa de que o dano moral, quando aferido pelas instâncias ordinárias, não revela repercussão geral apta a dar seguimento ao recurso extraordinário. Saliente-se que o julgado trata de ação de indenização por danos morais decorrente da publicação de fotografias sem a devida autorização. Ocorre que restou demonstrado, nas instâncias ordinárias, que as fotografias foram voluntariamente disponibilizadas pelos autores na Internet, permitindo-se o acesso irrestrito a todos os usuários da rede e, assim, ausência de violação à intimidade e à privacidade (BRASIL, 2013b).

Do exposto, verifica-se que há uma variedade de matérias que versam sobre conflitos entre direitos fundamentais ocorridos na Internet e, conseqüentemente, que demandam especial atenção por parte do Poder Judiciário. A normatização das condutas praticadas por meio da Internet, seja na área cível ou criminal, pode contribuir, assim como demonstrado na experiência da Argentina, facilitando a resolução de conflitos. Todavia, enquanto não há a aprovação do projeto de lei específico no que se refere à proteção de dados pessoais na Internet, necessário aplicar as regras até então existentes, atentando-se às particularidades de cada caso concreto.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O uso das tecnologias de informação e comunicação, há muitos anos inserido na sociedade, facilita e auxilia os indivíduos nas mais variadas tarefas do cotidiano. Entretanto, o uso diário e constante de meios informáticos para a realização das atividades mais comuns acaba, muitas vezes, por camuflar os riscos que estas tecnologias oferecem. O cidadão,



certamente, é a vítima mais contumaz das violações de direitos ocorridas por meio da Internet, principalmente no que tange aos direitos à privacidade e intimidade, porque, até sem ter ciência, suas informações podem ser coletadas, repassadas a terceiros e comercializadas.

No intuito de preservar tais direitos fundamentais, iniciaram-se regulamentações acerca da tutela dos dados pessoais dos usuários, tanto da Internet como de outros bancos de registros. Isto porque, de acordo com a classificação destas informações, as consequências para o titular podem ser malélicas, como a indevida utilização de dados sensíveis relativos a saúde, orientação sexual ou política, entre outros que podem, por exemplo, resultar em uma não contratação ou discriminação.

O principal marco regulatório do tema é da União Europeia, que há décadas trata desta proteção e concede a outros países certificados de adequabilidade no tratamento de dados. Na América do Sul, a Argentina mostra-se avançada nos estudos de proteção de dados pessoais, como se observa da análise da Lei 25.326 que, desde o ano 2000, regulamenta como são realizadas as coletas e armazenamento de dados pessoais, além de definir um controle destes registros pelo Estado e as condições para que sejam realizadas. Este trabalho utilizou-se da Lei Argentina de proteção de dados como referência, pois, além de ter sido o primeiro país sul-americano a regulamentar e defender seus cidadãos neste tema, possui uma grande proximidade com o Brasil, não apenas geográfica, mas também cultural e econômica. Assim, a Argentina é um exemplo a ser seguido, pois apesar de dificuldades de todas as naturezas, similares às brasileiras, está no mesmo patamar de outros países considerados vanguardistas no pertinente à proteção de dados.

No que concerne ao tratamento de dados pelo Estado Brasileiro, os avanços são recentes e ainda incipientes, contando-se apenas com a promulgação da Lei que institui o Marco Civil da Internet e o decreto que o regulamenta. O Projeto de Lei n.º 5276/2016, específico para o tratamento dos dados pessoais, apenas recentemente foi encaminhado ao Congresso Nacional e ainda não foi objeto de discussão entre os parlamentares. Por isso, os casos que tratam sobre o direito à intimidade e à privacidade, principalmente no que tange aos dados pessoais, são solucionados por meio das normas até então existentes. Em busca no *site* do Supremo Tribunal Federal, encontram-se apenas cinco casos que, certamente, poderiam ser resolvidos com maior facilidade se existisse uma regulação acerca do que configura ilegalidade no tratamento de dados pessoais, como se espelha da Legislação Argentina.

Deve-se destacar que não se vislumbra significativa quantidade de julgados junto à pesquisa realizada no *site* do Supremo Tribunal Federal pelas mesmas razões que fizeram com o que o mérito de alguns julgados descritos acima não fossem apreciados: falta de demonstração dos requisitos legais e constitucionais para o seu exame, bem como necessidade de análise fático-probatória, que não é feita pela Suprema Corte. Apesar dessa situação, a temática sob comento denota importância, especialmente diante da constatação de que cada vez mais cidadãos brasileiros utilizam esse meio de comunicação, cujas demandas judiciais e administrativas seriam melhor solucionadas se houvesse previsão legal para tanto, a exemplo da Argentina, e não dependessem da análise, de cada caso concreto, pelos tribunais brasileiros que, muitas vezes, é discricionária.

Portanto, apesar da relevância social do tema, que atinge milhões de brasileiros usuários da Internet, o Brasil ainda engatinha no sentido de regulamentar a proteção dos internautas. Resta aguardar a ação parlamentar na edificação da legislação, esperando-se que sejam seguidas as diretrizes Europeia e Argentina e, até que isto não ocorra, que o Poder Judiciário consiga atender às expectativas dos brasileiros.

111

## REFERÊNCIAS

ARGENTINA. Código Civil de La República Argentina, de 30 de outubro de 2000. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/Codigo\\_Civil\\_de\\_la\\_Republica\\_Argentina.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 24.766, de 30 de dezembro de 1996. Dispõe sobre a confidencialidade de informações e produtos que estejam legitimamente sob controle de uma pessoa e se divulgue indevidamente de maneira contrária aos usos comerciais honestos. Disponível em: <[http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi\\_\\_\\_ley\\_no\\_24\\_766.766.pdf](http://www.unlp.edu.ar/uploads/docs/dpi___ley_no_24_766.766.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 25.326, de 30 de outubro de 2000. Disposições Gerais. Dispõe sobre Princípios gerais de proteção de dados, Direitos dos titulares de dados, Usuários e gestores dos arquivos, registros e bancos de dados, Controles, Sanções e Ação para a proteção de dados pessoais. Disponível em: <<http://www1.hcdn.gov.ar/dependencias/dip/textos%20actualizados/25326.010408.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei 26.343, de 09 de janeiro de 2008. Acrescenta o art. 47 à Lei 25.326/00. Disponível em: < [http://www.jus.gob.ar/media/33484/Ley\\_26343.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/33484/Ley_26343.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. CIPPEC c/ EN M° DESARROLLO SOCIAL DTO 1172/03 s/AMPARO LEY 16986. C. 830. XLVI. REX26/03/2014T. 337 P. 256. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7098041>>. Acesso em: 02 jun. 2016.

BAUZÁ, Marcelo. La protección de datos personales y su armonización com otros derechos y las politicas de e-gobierno. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (Ed.). *Derechos humanos y protección de datos personales en el siglo XXI*. Sevilla: Punto Rojo, 2013.

BRASIL. Pensando o Direito. *MJ apresenta nova versão do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais*. 21 out. 2015a. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/2015/10/21/mj-apresenta-nova-versao-do-anteprojeto-de-lei-de-protECAo-de-dados-pessoais/>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Pensando o direito. *MJ abre novo debate público do texto que regulamentará Marco Civil da Internet*. 25 jan. 2016. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/2016/01/25/mj-abre-novo-debate-publico-em-torno-do-texto-que-regulamentara-o-marco-civil-da-internet/>>. Acesso em: 26 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.527/2011, de 18 de novembro de 2011. Regulamenta o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do artigo 5º, no inciso II do §3º do artigo 37 e no §2º do artigo 216, da Constituição Federal; altera a Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei n.º 11.111, de 05 de maio de 2005, e dispositivos da Lei n.º 8.158, de 08 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Brasília, 18 nov. 2011b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 8.771, de 11 de maio de 2016. Regulamenta a Lei no 12.965, de 23 de abril de 2014, para tratar das hipóteses admitidas de discriminação de pacotes de dados na internet e de degradação de tráfego, indicar procedimentos para guarda e proteção de dados por provedores de conexão e de aplicações, apontar medidas de transparência na requisição de dados cadastrais pela administração pública e estabelecer parâmetros para fiscalização e apuração de infrações. Brasília, 11 maio 2016. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8771.htm)>. Acesso em: 2 jun. 2016a.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5276/2016. Dispõe sobre o tratamento de dados pessoais para a garantia do livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa natural. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084378>>. Acesso em: 19 jun. 2016b.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Câmara dos Deputados começa a analisar Marco Civil da Internet. 29 mar. 2012a. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ7CBDB5BEITEMID85C774A3C34F4B12823E8661E839CABPTBRIE.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Procedência da ação para declarar não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967. Partido Democrático Trabalhista (PDT) e Presidente da República e Congresso Nacional. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal n.º 130/DF. Relator Ministro Carlos Britto. 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Negado provimento a Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo. Google Brasil Internet Ltda. e Marcos Antonio Ruas Coelho Sobrinho. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 764.388/Minas Gerais. Relator Ministro Teori Zavascki. 3 de setembro de 2013a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4531718>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de agravo provido para o reconhecimento da repercussão geral. Google Brasil Internet Ltda. e Aliandra Cleide Vieira. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 660.861/Minas Gerais. Relator Ministro Luiz Fux. 22 de março de 2012b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3058915>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Acórdão de agravo provido para o reconhecimento da repercussão geral. Município de São Paulo e Ana Marcia Andreu Lacambra. Repercussão geral no recurso extraordinário com agravo 652.777/São Paulo. Relator Ministro Ayres Britto. 29 de setembro de 2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1902861>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

114

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ordem denegada em Habeas Corpus. Efrain Santos da Costa e Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus 103.425/Amazonas. Relatora Ministra Rosa Weber. 26 de junho de 2012c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2541738>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental desprovido. Leonardo de Pinho Vieira, Marcus de Magalhães e Empresa Folha da Manhã S/A. Agravo regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 756.917/São Paulo. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 29 de outubro de 2013b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4872875>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário provido. Rigliminas Distribuidora Ltda. e União. Recurso Extraordinário 673.707/Minas Gerais. Relator Ministro Luiz Fux. 17 de junho de 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9487405>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Direito da informática, privacidade e dados pessoais*. Coimbra: Edições Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *O direito à autodeterminação informativa e os novos desafios gerados pelo direito à liberdade e à segurança no pós 11 de setembro*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/5544-5536-1-PB.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

CGI.BR. Comitê Gestor da Internet no Brasil. *TIC Domicílios 2014*: Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação nos domicílios brasileiros. Disponível em: <[http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC\\_Domicilios\\_2014\\_livro\\_eletronico.pdf](http://www.cgi.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_Domicilios_2014_livro_eletronico.pdf)>. Acesso em: 04 jan. 2016.

CHILE. Lei nº 19.628/99, de 18 de agosto de 1999. Dispõe acerca da proteção de dados de caráter pessoal. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

DELPECH, Horácio Fernandez. *Internet: Su Problemática Jurídica*. 2 ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.

DOMINGUÉZ, Ana Garriga. La protección de los datos personales en Internet: problemas actuales. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (Ed.). *Derechos humanos y protección de datos personales en el siglo XXI*. Sevilla: Punto Rojo, 2013.

DONEDA, Danilo. Iguais mas separados: o Habeas Data no ordenamento brasileiro e a proteção de dados pessoais. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, v. 09-2008. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/444/422>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

FORTES, Vinicius Borges; BOFF, Salette Oro; CELLA, José Renato Gaziero. O Poder da informação na sociedade em rede: uma análise jusfilosófica da violação da privacidade e dos dados pessoais no ciberespaço como prática de violação dos direitos humanos. In: ROVER, Aires José; SANTOS, Paloma Maria; MEZZARROBA, Orides (Orgs.). *Governo Eletrônico e inclusão digital*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2014. p.157-174.

GONÇALVES, Maria Eduarda. *Direito da informação: novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação*. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.





LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. São Paulo: Paulos, 2010.

LIMBERGER, Têmis. *O direito à intimidade na era da informática: a necessidade de proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MARCO CIVIL DA INTERNET: *seus direitos e deveres em discussão*. Disponível em: <<http://culturadigital.br/marcocivil/>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

MÉXICO. Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental, de 11 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.sectur.gob.mx/wp-content/uploads/2014/01/LFTAIPG.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

MIGALHAS. *MJ apresenta nova versão do anteprojeto de lei de proteção de dados pessoais*. 21 out. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI228770,81042-MJ+apresenta+nova+versao+do+anteprojeto+de+lei+de+protecao+de+dados>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

116

PARAGUAI. Lei nº 1.682, de 16 de janeiro de 2001. Regulamenta as informações de caráter privado. Disponível em: <[http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/paraguay/Ley\\_1682\\_de\\_2001.pdf](http://www.redipd.es/legislacion/common/legislacion/paraguay/Ley_1682_de_2001.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Cibercidadani@ o ciudadani@.com?* Barcelona: Gedisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Los derechos humanos em la sociedad tecnológica*. Madri: Editorial Universitas, 2012.

\_\_\_\_\_. La pretección de los datos personales de carácter sanitario. In: SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro (Ed.). *Derechos humanos y protección de datos personales em el siglo XXI*. Sevilla: Punto Rojo, 2013.

PERU. Congreso de La Republica. Lei nº 29.733 de 3 de julho de 2011. Disponível em: <<https://www.huntonprivacyblog.com/uploads/file/Ley%2029733.pdf>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. *La protección del derecho de la libertad informática en la Unión Europea*. Universidad de Sevilla: Sevilla, 1998.

SILVA, Rosane Leal da. As tecnologias da informação e comunicação e a proteção de dados pessoais. *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Fortaleza, 09-12 junho de 2010. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional+-+UFC-Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e+12+de+junho+de+2010).pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. Decisão C(2003) 1731 da Comissão das Comunidades Europeias, de 30 de Junho de 2003. Relativa à proteção adequada dos dados pessoais na Argentina. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/adequacy/decision-c2003-1731/decision-argentine\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/adequacy/decision-c2003-1731/decision-argentine_en.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002. Relativa ao tratamento de dados pessoais e a proteção da privacidade no setor das comunicações eletrônicas.. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0058:PT:NOT>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

117

\_\_\_\_\_. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995. Relativa à proteção de dados das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046&from=PT>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia. Diretiva 2012/484/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Agosto de 2012. Relativa à adequação do nível de proteção de dados pessoais pela República Oriental do Uruguai no que se refere ao tratamento automatizado de dados. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:227:0011:0014:PT:PDF>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

URUGUAY, República Oriental del. Lei nº 18.331 de 18 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18331&Anchor=>>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei nº 17.838 de 1º de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17838&Anchor=>>>. Acesso em: 19 jan. 2016.

VEIGA, Luiz Adolfo Olsen da; ROVER, Aires J. Dados e informações na internet: é legítimo o uso de robôs para a formação de base de dados de clientes? In: ROVER, Aires José (Org.). *Direito e informática*. São Paulo: Monole, 2004, p. 27-40. Disponível em: <[http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/luizvaires-livro\\_aires.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/luizvaires-livro_aires.pdf)>. Acesso em: 25 jan. 2016.

Submissão: 31/01/2016  
Aceito para Publicação: 24/06/2016



**A VULNERABILIDADE DO DIREITO À INTIMIDADE NO ESPAÇO DAS  
FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS: MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE  
PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE POR INTERMÉDIO  
DO DIREITO PENAL**

*THE VULNERABILITY OF THE RIGHT TO INTIMACY IN THE SPACE OF  
TECHNOLOGICAL INSTRUMENTS: CONSTITUCIONAL WARRANTS FOR PROTECTION  
OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO INTIMACY THROUGH CRIMINAL LAW*

**George Sarmiento\***

**Lean Araújo\*\***

**RESUMO:** O direito à intimidade integra o catálogo dos direitos fundamentais de proteção descrito no art. 5º, X, da Carta Constitucional, cuja essência é limitar a ação invasiva do Estado e dos demais indivíduos. No processo evolutivo do Estado é de se destacar a contribuição de Hobbes na formulação do Estado como ente responsável pela preservação dos indivíduos. Este momento instituiu a ruptura do indivíduo como *ser* que se realiza no outro para o *ser* empreendedor de seu próprio plano de vida, mas submetidas as ações as regras de condutas. A partir desta concepção absolutista evoluiu-se para a formulação de um Estado com delimitação de tarefas por intermédio de Órgãos autônomos e independentes visando à concretude de direitos de proteção ou defesa, direitos prestacionais e direitos de participação. A existência desse Estado Democrático de Direito e Social, constituído a partir da vontade dos seus indivíduos, exige a proteção dos direitos instituídos, dentre eles, à intimidade, e, para tanto, a própria ordem constitucional fixa mandados constitucionais de criminalização, para excepcionalmente coibir os abusos operados no espaço físico e no espaço das ferramentas tecnológicas, em razão da vulnerabilidade existente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito à Intimidade. Ferramentas Tecnológicas. Vulnerabilidade. Proteção pelo Direito Penal.

**SUMÁRIO:** Introdução 1 A Evolução do Estado no Pensamento Político. 2 A Unidade da Constituição. 3 A Classificação dos Direitos Fundamentais. 3.1 Os Direitos Fundamentais de Proteção. 3.2 Os Direitos Fundamentais Prestacionais. 3.3 Os Direitos Fundamentais de Participação. 4 O Agir Moral em Contexto. 5 O Espaço das Ferramentas Tecnológicas como meio de Ofensa ao Direito à Intimidade. 6 Mandados Constitucionais de Criminalização. 7 Alterações da Legislação Penal. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** The right to intimacy integrates the catalog of privacy fundamental rights depicted in article 5 section X of the constitutional charter. Its essence is to limit the invasive action of the State and other individuals. Hobbes had an important role in State evolutionary process concerning the formulation of the State as responsible for individuals preservation. This moment established the rupture of the individual as a being that realizes itself on another, to an entrepreneur of its own life plan, but submitted to actions and rules of conduct. This absolutistic conception evolved to the formulation of a State with tasks bounded by autonomous and independent agencies aiming to concretize the protection or defense rights, benefit rights and social participation. The existence of this Democratic State and social rights established by the will of the individuals, demands the protection of the established rights, such as intimacy, and therefore the constitutional order itself provides criminal warrants to exceptionally restrain misconducts operated in the physical and technological space, due to existing vulnerability.

**KEYWORDS:** Right to Intimacy. Technological Tools. Vulnerability. Protection through Criminal Law.

120

\* Pós-doutor pela Université Daix-Marseille, França. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor do Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Alagoas (PPGD/UFAL). Promotor de Justiça.

\*\* Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pesquisador bolsista de Iniciação Científica da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMT) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ).

## INTRODUÇÃO

Na sociedade atual impera o uso permanente e constante dos meios tecnológicos operados no espaço cibernético, que propicia maior efetividade no procedimento de transferência de conhecimentos e dos mais diversos dados relacionados à convivência entre as instituições estatais, privadas e, especialmente, os indivíduos.

Neste espaço cibernético, é fato incontroverso a existência das mais diversas formas de violação de dados armazenados. Esta afirmação é resultante de fato público e notório, confirmado pelos constantes investimentos no desenvolvimento de softwares de segurança, mas persiste e persistirá a probabilidade de violação.

A discussão que se propõe neste estudo é rever o processo de tutela e garantias dos direitos de personalidade, com destaque para os direitos fundamentais de proteção, mormente o direito à intimidade, mas sem prejuízo de rever o processo construtivo dos direitos fundamentais, porém contextualizando este debate a partir de aspectos filosóficos que devem nortear o agir moral do indivíduo na proteção de sua intimidade, em decorrência, em primeiro plano, da vulnerabilidade presente no espaço cibernético; em segundo, pela insuficiência do sistema normativo na reparação do dano e na responsabilização penal dos agentes violadores da intimidade.

O diálogo proposto no presente artigo imporá uma construção lógica da evolução do Estado em momentos históricos distintos, mas realizando esta descrição evolutiva a partir de uma perspectiva filosófica na compreensão do indivíduo dentro da complexa construção de uma sociedade que evolui na concretude de direitos que possam protegê-los do próprio Estado, garantir a efetividade das prerrogativas que são inerentes aos seres humanos e regular a relação entre os indivíduos, a fim de cumprir o vasto catálogo de direitos fundamentais.

Como aspecto introdutório a essa discussão, destaca-se a presença de considerações sobre o princípio da unidade da constituição; poder-se-ia, inclusive, afirmar de sua não necessidade, mas toda ordem jurídica se submete à força normativa da Constituição, razão pela qual não se pode refletir sobre a ofensa ao direito fundamental à intimidade sem, minimamente, compreender esse fenômeno.

Na reflexão proposta neste estudo não há como prescindir de uma análise, registre-se, perfunctória, da construção dos direitos fundamentais, em suas três dimensões, porquanto, mesmo destacando, de pronto, que a análise versa sobre a ofensa ao direito de proteção à

intimidade, é de fundamental importância que os estudos realizados no ambiente acadêmico possam, também, provocar um novo olhar sobre a intimidade dos que não vivenciam este ambiente. Não fosse esse o sentido, que reflexo teria este estudo, especialmente, neste cenário de incontestável vulnerabilidade do espaço cibernético?

Para delimitar o contexto da discussão adota-se como marco teórico as reflexões de Furrow sobre o agir moral em contexto, que em sua obra, demonstra de forma evolutiva como os filósofos observam o agir do indivíduo em sociedade, mormente, em suas relações pessoais, mas, também, como se observa a atuação do Estado como modulador das limitações da liberdade, para a construção de uma sociedade que congregue interesses comuns, porém, deixando, evidente que não se deseja analisar a obra de Furrow, mas extrair lições a serem utilizadas pelo indivíduo para proteção de sua intimidade.

Para que não aparente incongruência, destaca-se, neste diálogo, como os mandados constitucionais de criminalização conduzem o Estado a legislar na proteção de bens jurídicos relevantes, especialmente os direitos tutelados pela Carta Constitucional, com a finalidade de protegê-los por intermédio da prevenção geral e da prevenção específica. Neste campo, prossegue o estudo abordando as alterações legislativas empreendidas no sistema jurídico nacional, por força da violação da intimidade, consolidando a abordagem com as ferramentas tecnológicas à disposição dos indivíduos.

A convergência das áreas interdisciplinares tratadas neste contexto reflexivo, reforça a tese de que a proteção à intimidade dos indivíduos, quando do uso das inúmeras ferramentas tecnológicas disponíveis no espaço cibernético, submete-se à compreensão do agir moral dos indivíduos nos mais diversos contextos da vida em sociedade..

## 1 A EVOLUÇÃO DO ESTADO NO PENSAMENTO POLÍTICO

O pensamento político da Antiguidade e da Idade Média encontra-se representado pela orientação moral propagada por Aristóteles e da Idade Média pelo direito natural estóico-cristão. Neste sentido, Kersting (2003, p. 35) assevera que o pensamento político destes períodos se estendia entre os dois pólos: por um lado o aristotelismo político de orientação moral, e, por outro, o direito natural estóico-cristão, que se orientava por normas.

Neste contexto histórico, o ser humano deve agir moralmente na concretude do bem comum, pois esta é a sua vocação. Sob essa ótica, a vida em comunidade seria voltada ao

bem-estar de todos os indivíduos, pois somente interagindo com os outros é possível a concretude da existência humana como cidadão. O indivíduo não se reconhece em si mesmo, mas na própria comunidade, realizando-se, portanto, nas ações interação. Deduz-se, portanto, que o agir político é sustentado pela conduta virtuosa, sem qualquer interesse econômico.

Neste sentido, portanto, Kersting (2003, p. 37-38) afirma que, por não ser o cidadão aristotélico uma pessoa privada e economicamente ativa, a *pólis* também não deve ser equiparada ao Estado Moderno. Hegel, segundo o autor, designou o cidadão Aristotélico como nulidade política. Na concepção de Aristóteles, todo ser vivo é uma espécie de constituição normativa, que dita a sua vocação e seu direito, sempre visando o bem comum; jamais o seu próprio interesse.

A contraposição à filosofia política de Aristóteles surge no século XVII, com as obras de Hobbes. Segundo Kersting (2003, p. 40), o filósofo figura como o herói fundacional da política da Era Moderna, destacando, como obras representativas dessa ruptura político-filosófica *Elements of Law natural and politic, de 1640, Elementorum Philosophiae Sectio Tertia De Cive, de 1642, e particularmente Leviatã, de 1651.*

O elemento da nova filosofia política é a compreensão individualista do cidadão, cuja essência se fundamenta na racionalidade econômica. Neste sentido, Hobbes reconhece a existência de conflitos entre os indivíduos, a partir de compreensão diversa de objetivos, posto que o indivíduo se reconhece em si mesmo e não mais na comunidade, resultante do pluralismo ideológico, moral e confessional, cujo fundamento para manutenção do Estado é o distanciamento neutro das posições morais, religiosas e ideológicas.

Na compreensão de Hobbes, a neutralização e abstinência em relação à verdade, às posições morais, religiosas e ideológicas poderão constituir a existência de um Estado que se retroalimentará na pretensão do consentimento geral dos indivíduos.

Neste ambiente, o indivíduo deixa de se reconhecer no outro e passa a reconhecer-se em si mesmo, deixa de agir em razão do processo de colaboração para um agir voltado a um resultado econômico. Não mais se reconhece a existência de comunidades abrangentes e anteriores por natureza, mas a partir dos interesses dos indivíduos. Assim, as comunidades só são reconhecidas e justificadas quando espelham e buscam a concretude dos interesses dos indivíduos. As instituições sociais são posteriores e a sua aceitação, a partir do consentimento geral, estará condicionada à realização dos interesses dos indivíduos. A ruptura imposta pela filosofia política de Hobbes implica que o ser humano encontra-se em permanente



movimento.

À guisa de complementação a este momento histórico, é necessário destacar que o dever do Estado é domar o Estado Natural, propiciando ao indivíduo o desenvolvimento de sua competência, porém submetendo-o às leis regulamentadoras do comportamento. Neste sentido, o indivíduo renúncia à liberdade plena, a fim de preservar a sua autoconservação, competindo ao Estado implementar os meios necessários para concretude do contrato firmado entre as pessoas.

No cenário contemporâneo, o Estado assume papel mais relevante que tão-somente domar o Estado Natural, é acima de tudo um ente garantidor dos direitos fundamentais proclamados, como também devedor de direitos fundamentais prestacionais, assegurando, inclusive, a participação dos indivíduos no processo de permanente construção do Estado Democrático de Direito e Social.

A Carta Constitucional brasileira, influenciada pelas Cartas Constitucionais europeias, implementou um vasto catálogo de direitos fundamentais em suas três dimensões (defesa, prestacionais e de participação). Este vasto catálogo tem exigido da Corte Constitucional e da doutrina brasileira um permanente processo construtivo e interpretativo para assegurar sua unidade .

124

## 2 A UNIDADE DA CONSTITUIÇÃO

A historicidade do pensamento jurídico-constitucional implica a edificação de um processo contínuo e inesgotável de um catálogo de direitos fundamentais. Luño (2012, p. 9) assevera que, para enfrentar essas novas preocupações e desafios que se apresentam em constante mutação, se faz necessário o emprego de métodos de interpretação que possam especificar o significado e a função do Estado Constitucional de Direito, razão pela qual se torna imperiosa a abordagem do princípio da unidade da Constituição.

Neste sentido, o ordenamento jurídico deve, necessariamente, ser submetido à interpretação. A interpretação consiste no instrumento de concretização do direito. Royo (*apud* BONAVIDES, 1999, p. 523) consigna que a interpretação é a sombra que segue o corpo. Da mesma maneira que ninguém pode livrar-se da sua sombra, o Direito tampouco pode livrar-se da interpretação. Bonavides (1999, p. 533) destaca a completa ausência, até a década de 50, da interpretação nos compêndios de Direito Constitucional. Tal ausência

alcançava, também, os direitos fundamentais, razão por que a Carta Constitucional foi tida como um texto político composto de normas programáticas.

A partir do momento em que os doutrinários passaram a observar a Carta Constitucional como a Lei das Leis e o Direito dos Direitos, surge a teoria material da Constituição, que é a hermenêutica do Direito Constitucional.

Bonavides (1999, p. 534) afirma que toda interpretação dos direitos fundamentais provém da necessidade de uma teoria dos direitos fundamentais. Daí a necessidade de uma teoria da Constituição, devendo-se, ambas, a uma indeclinável concepção do Estado, da Constituição e da cidadania.

Esta teoria desenvolveu-se quando os publicistas constataram que as normas constitucionais não poderiam ser interpretadas por intermédio dos métodos tradicionais de Savigny – gramatical, lógico, histórico e sistemático. A teoria foi construída quando se observou que a Constituição é Lei, mas é, sobretudo, Direito.

Reconhecê-la como Direito, para Bonavides (1999, p. 535), significa desatá-la dos laços silogísticos e dedutivistas que embargavam a normatividade e a confinavam, pelo seu teor principal, ao espaço da programaticidade destituída de juridicidade. Para contextualizar a discussão, impõe-se a transcrição de texto lapidar de Bonavides (1999, p. 535), *in verbis*:

Aquele dedutivismo formalista excluía da Ciência do Direito e da tarefa hermenêutica a consideração de princípios e valores, sem cuidar que estes formam o tecido material e o substrato estrutural já da Constituição, já dos direitos fundamentais. Afastados da interpretação, sem eles não há, em rigor, concretização, por não haver “pré-compreensão” (*Vorverständnis*), e, não havendo “pré-compreensão”, quase todo o direito público tende a ficar abalado em seus alicerces, fundamentos e legitimidade. Tudo isso à míngua de conteúdos reais, por obra de um formalismo que apartado do universo real, tolhe, na operação cognitiva, executada por um intérprete prisioneiro da racionalidade lógica, o alcance da presença e ação do elemento indutivo, este fator tão importante na captação dos sentidos normativos. Aqueles valores e princípios representam, por conseguinte, a matéria-prima da Nova Hermenêutica; esta, outra coisa não é senão a própria teoria material da Constituição.

Esta nova compreensão tem apresentado resultados significativos na efetividade dos direitos fundamentais. O autor reconhece a ordem constitucional como Direito e não mais como Ciência Política. A constatação da teoria material da Constituição reflete-se, até mesmo, na interpretação dos demais ramos do Direito, já que os princípios gerais do Direito foram

transformados em princípios constitucionais, apresentando-se, portanto, com superioridade hierárquica.

Bonavides (1999, p. 538) assevera que a Constituição é mesmo a Lei das Leis e o Direito dos Direitos; o código de princípios normativos que faz a unidade e o espírito do sistema, vinculado a uma ordem social de crenças e valores onde se fabrica o cimento de sua própria legitimidade. Diante deste novo quadro, é de se afirmar que a ordem constitucional apresenta normas que devem ser concretizadas.

O processo de concretização dos direitos fundamentais enseja o conhecimento e a aplicação do princípio da unidade da Constituição. Tal princípio foi identificado e compreendido em julgado da Corte Alemã de Karlsruhe. Klaus Stern (*apud* BONAVIDES, 1999, p. 548) observa que o princípio da unidade da Constituição é o mais nobre princípio que existe. Este princípio é fruto do que foi sentenciado pelos juízes constitucionais alemães: “Não se pode considerar insuladamente uma estipulação singular da Constituição nem pode ser ela interpretada ‘em si mesma’, senão que deve manter ‘conexão’ de sentido com as demais prescrições da Constituição, formando uma unidade interna”, porquanto “da totalidade da Constituição emergem determinados princípios constitucionais bem como decisões fundamentais, às quais se subordinam as estipulações isoladas da Constituição” e com as quais devem guardar compatibilidade.

O processo de construção da teoria material da Constituição e a interpretação dos direitos fundamentais implicam reconhecer que ambas devem se colocar a serviço do homem-cidadão, sendo este, portanto, o centro da existência do próprio Estado.

Em síntese lapidar, Bonavides (1999, p. 568) assinala que a teoria liberal dos direitos fundamentais faz do indivíduo o valor primário e referencial da sociedade humana: o indivíduo oponível ao Estado, superior a este e titular dos chamados direitos naturais. Para ele, é dever do hermeneuta elucidar os questionamentos relativos à liberdade e à preservação dos valores de natureza tanto espiritual como material, subjacentes aos direitos fundamentais. A teoria liberal dos direitos fundamentais institui um instrumento eficaz para coibir abusos e fixar limites do exercício do poder estatal.

Mais uma vez, utilizando-se da interpretação da teoria institucional dos direitos fundamentais produzida por Bonavides (1999, p. 571), observa-se que a liberdade deve ser vista como liberdade-fim, liberdade dirigida, programada para determinado objetivo, numa ambiência real vinculada ao ordenamento institucional.

Para Bonavides, é com esta teoria que o conceito de direito fundamental se avulta e se legitima. A liberdade se apresenta ativa para a concreção de um fim que amolda a liberdade do indivíduo ao Poder do Estado, a fim de que não prevaleça a liberdade individual, mas sim a liberdade institucional concreta para a realização de uma finalidade de alcance social, sob o manto da ordem jurídica.

Na verdade, a teoria institucional, por si só, não soluciona o processo de interpretação dos direitos fundamentais, mas contribui de forma significativa para sua concretude, porquanto indiscutivelmente possui essência democrática.

Bonavides (1999, p. 575) observa a liberdade pelo ângulo institucional e assevera que os direitos fundamentais se apresentam com concretude existencial: conteúdo, efetividade, segurança, proteção, limitação e fim; os espaços de liberdade ficam, portanto, mais largos, e estes direitos já não sobem ao céu da promessa. Sobre a teoria dos valores, várias críticas são apresentadas. Entre elas, a de que seria uma variação da teoria institucional dos direitos fundamentais. Tal formulação teórica considera os direitos fundamentais como valor e não como norma (pelo menos no sentido habitual do positivismo normativista).

A aparente intelecção de que os direitos fundamentais devem ser vistos como valores e não como normas tem levado a reflexões bem significativas. Bonavides (1999, p. 581) adverte sobre o papel do juiz-intérprete, pois com frequência este se inclina ao subjetivismo de sua “pré-compreensão”, dando rédeas largas ao voluntarismo decisório, o qual, pode afetar a segurança jurídica, fazendo com que a interpretação dos direitos fundamentais percorra caminhos de alto risco e flutue nos domínios da incerteza e da imprevisibilidade.

Apesar da advertência Bonavides considera a Constituição como um sistema de princípios superiores, providos de supremo teor normativo. Nesse sentido, ao admitir a unidade sistêmica da ordem constitucional, aceita que a teoria dos valores, considerada como teoria de normas principiais, constitui artefato teórico a propiciar a efetividade dos direitos fundamentais em suas dimensões.

### 3 CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.

#### 3.1 Direitos Fundamentais de Defesa

Os direitos fundamentais de defesa devem ser compreendidos como deveres de abstenção e não interferência do Estado no espaço de autodeterminação do indivíduo, figurando como uma limitação do atuar do ente Estatal. Assim, quando o Estado ou mesmo os indivíduos consumam agressões, estes ficam sujeitos a reparar as lesões ocasionadas.

Estes direitos encontram-se, como maior expressividade, no catálogo previsto no art. 5º, da Constituição Federal. Tais direitos vedam a intervenção do Estado, como já dito, no âmbito da autodeterminação dos indivíduos, representando, na essência, normas de competência negativa para os órgãos estatais. Mendes e Branco (2015, p. 158) afirmam que o Estado está jungido a não estorvar o exercício da liberdade do indivíduo, quer material, quer juridicamente.

No espaço do direito a privacidade, tanto o Estado como os indivíduos não podem divulgar certos dados pessoais, sob pena de condenação pecuniária quando ocasiona efetiva lesão.

Sarlet (2015, p. 288) ressalta que, nas liberdades consagradas, inclui-se também a faculdade de não fruição. Sobre a afirmação de Sarlet, é importante destacar os exemplos de Mendes e Branco (2015, p. 159) que consignam que o direito de reunião implica igualmente no direito de não se reunir, assim como o direito de se associar implica no direito de não se associar ou manter-se associado.

A título de percepção sistemática dos direitos fundamentais de defesa estas observações gerais permitem compreender o papel do catálogo de tais direitos, isto porque em momento próprio do Estudo será analisado, como maior profundidade, o direito fundamental à privacidade do indivíduo disciplinado no inciso X, do art. 5º da Constituição Federal.

No propósito de permitir uma visão mínima da classificação dos direitos fundamentais e de suas funções na sociedade e na ordem jurídica, impõe-se caminhar na direção dos direitos fundamentais prestacionais consagrados na ordem constitucional brasileira.

### 3.2 Direitos Fundamentais Prestacionais

Diferentemente dos direitos de defesa que implicam o dever de abstenção estatal, os direitos fundamentais prestacionais estão a exigir uma ação positiva com a finalidade de promover uma transformação da sociedade, com a finalidade de eliminar de forma gradual as desigualdades que se apresentam no contexto do Estado brasileiro. Não é sem razão que Estado brasileiro, submetido à ordem constitucional de 1988, objetiva, por intermédio de suas ações positivas, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a progressiva erradicação da pobreza, da marginalidade e, acima de tudo, a redução da elevada desigualdade social observável no cenário nacional.

Mendes e Branco (2015, p. 160), vaticinam que a ação do Estado, imposta pelo direito à prestação, referre-se a uma prestação material ou uma prestação jurídica.

As prestações materiais visam a contemplar os direitos fundamentais de natureza social, mormente os elencados no art. 6º, da CF, como o direito à educação, à saúde, ao trabalho, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e a assistência social. Estes são direitos que, efetivados, reduzirão as necessidades dos indivíduos que se localizam nas camadas sociais inferiores, as quais precisam das ações positivas do Estado para atender, minimamente, os objetivos fundamentais da república.

Importante realçar que a grande dificuldade do Estado Social é o seu grau de efetividade, com base nos mais diversos fatores, dentre eles a precariedade de recursos. Assim, tal cenário exigirá, quando da desídia dos gestores, a judicialização e controle das políticas públicas.

Contudo, é necessário destacar que a existência do Estado Social, a cumprir o vasto catálogo de direitos fundamentais prestacionais, pressupõe a solidez do Estado Fiscal, isto porque a efetivação dos direitos prestacionais exige adequada correlação entre receita e despesa.

Mas, a fim de cumprir, sucintamente, este tópico do trabalho, é necessário traçar contornos gerais sobre a prestação jurídica. Esta prestação exige do Estado o atuar legislativo na produção de normas de natureza penal, de organização e de procedimento para efetiva proteção do bem jurídico.

Neste sentido, Mendes e Branco (2015, p. 160), sustentam o Estado tem obrigação de editar normas penais para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais

(art. 5º, XLI), práticas de racismo (art. 5º, XLII), de tortura e de terrorismo (art. 5º, XLIII). Isto demonstra que o Estado não deve tão somente proteger o indivíduo das investidas do próprio Estado, mas também coibir ações de terceiros atentatórias aos direitos fundamentais.

Na sequência, para concluir de forma perfunctória a classificação dos direitos fundamentais é de se enveredar pela compreensão dos direitos de participação, a fim de prosseguir no objetivo principal do artigo que é demonstrar como o Estado utiliza o direito penal para coibir os atos atentatórios de terceiros ao direito à intimidade.

### 3.3 Direitos de Participação

Os direitos fundamentais de participação estão dimensionados nas duas outras categorias (de defesa e de prestação), não havendo razão para contemplá-los em categoria autônoma. Na verdade, estes direitos são os elencados no capítulo da Carta Constitucional relacionados aos direitos políticos. Dizem respeito ao processo participativo dos cidadãos na construção do Estado brasileiro.

Neste contexto, os indivíduos exercem papel fundamental na indicação dos atores responsáveis pela efetividade dos direitos fundamentais de defesa e prestacionais, pois a concretude de tais direitos implica a capacidade de realização dos objetivos fundamentais da república brasileira, pois é a partir da aspiração popular que se constrói a vontade do País.

A aspiração popular voltada para construção de uma sociedade igualitária, livre e solidária impõe um agir moral de seus indivíduos. Mais, ainda, este agir moral deve conduzir os indivíduos no processo de proteção de seus direitos fundamentais, razão pela qual algumas abordagens sobre o agir moral em contexto apresentam-se necessárias para moldar a proteção do direito à intimidade.

## 4 O AGIR MORAL EM CONTEXTO

O agir moral pressupõe o cuidado nos relacionamentos, o cuidado no se relacionar alcança pessoas, objetos, meio ambiente, seja natural ou artificial, os animais, as instituições e tudo mais com o que se possa relacionar. No cenário aqui construído o cuidar no relacionamento com as pessoas para evitar agressões aos bens que foram valorados à dimensão de direitos fundamentais de proteção, especialmente à intimidade.

Neste sentido, Furrow (2007, p. 72) realça que o raciocínio moral é um processo de deliberação e de desenvolvimento dos sentimentos adequados, a partir da nossa capacidade de ser solícito. Isto significa que o agir moral deve se fundamentar no cuidado no relacionamento.

Assim, para que o indivíduo seja justo é necessário que atue de forma imparcial, contudo, a imparcialidade, por vezes, perpassa espaço em que a objetividade do agir é substituída pela subjetividade. No agir moral, no espaço familiar, o indivíduo tende a reconhecer o relacionamento com a parcialidade que é inata neste contexto, diverso do agir com indivíduos mais distantes, posto que a objetividade regula a imparcialidade.

Furrow (2007, p.77) define este agir distinto como falha moral, isto porque o indivíduo frequentemente dá mais atenção àqueles que são próximos, em detrimento daqueles com os quais não tem ligações pessoais. É evidente que esse agir diferenciado por vezes implica uma ação injusta e desonesta, especialmente, quando envolve a preservação do direito à intimidade das pessoas, seja no espaço físico ou virtual.

Não se pode, exclusivamente, admitir que a teoria moral do cuidado se apresente como a única orientação filosófica a nortear o agir do indivíduo, inúmeras outras teorias se apresentam com a mesma finalidade, mas no cenário contemporâneo refletir sobre a sua aplicabilidade no espaço das ferramentas tecnológicas mostra-se razoável. A razoabilidade é fruto da incontestável insegurança que o mundo virtual vivencia, razão pela qual o indivíduo deve, antes de tudo, ser o principal agente na proteção de sua privacidade, ao tempo em que deve, também, conduzir a sua ação moral na proteção dos outros indivíduos.

Não mais é possível o afastamento do indivíduo do relacionamento no mundo virtual, assim a sua privacidade se submete a agressões constantes dos usuários da rede mundial de computadores, esta afirmação resulta da experiência concreta e não em entidades abstratas. Furrow (2007, p. 90) destaca que a vida dos indivíduos está devotada a algum tipo de relacionamento, razão por que a ética do cuidado está ancorada na experiência concreta e não em entidades abstratas como o bem comum ou lei moral. Neste sentido, a ética do cuidado deve ultrapassar as fronteiras do espaço familiar, a fim de alcançar outros ambientes, por força das habilidades e motivos dos indivíduos.

O agir moral do indivíduo não pode ser visto unicamente pela capacidade de se identificar justiça ou injustiça na prática do ato, a partir de razões que possam amparar um ou outro juízo, fundado este agir em padrões observáveis da vida cotidiana.



Rawls (2016, p.57) destaca que uma análise correta das capacidades morais decerto requer princípios e construtos teóricos que ultrapassam muito as normas e os padrões citados na vida cotidiana. No procedimento de construção de princípios e construtos observa-se que o agir do indivíduo deve ser norteado por juízo ponderado e pela ideia de equilíbrio reflexivo. Em linhas gerais, deve-se entender como juízo ponderado aquele que em que o resultado do agir não permitirá as explicações, por vezes utilizadas, para justificar os erros geradores de espaços vulneráveis à intimidade do indivíduo.

Rawls (2016, p. 58) destaca que, no juízo ponderado, presume-se que a pessoa a emitir o juízo, então, tem a capacidade, a oportunidade e o desejo de chegar a uma decisão correta (ou, pelo menos, que não deseje evitar isso). No juízo ponderado, o espaço cibernético, pelo elevado grau de vulnerabilidade, exige do indivíduo um atuar que preserve a sua intimidade, razão pela qual não se pode permitir o registro de sua intimidade em ferramentas tecnológicas.

A ideia de equilíbrio reflexivo, segundo Rawls (2016, p.58), consiste num estado ao qual a pessoa chega depois de ponderar as diversas concepções propostas e de ter reconsiderado os próprios juízos para que se adaptem a uma delas, ou bem apegado às suas convicções iniciais (e à concepção correspondente). Neste cenário, pode-se indagar: o registro de intimidade em ferramentas tecnológicas, pelo grau de vulnerabilidade existente no espaço cibernético, constitui expressiva probabilidade de acessibilidade e propagação desse registro? Se o ato é interpretado como base na ideia de equilíbrio reflexivo, a resposta é o não uso dessas ferramentas para o armazenamento de dados e imagens da intimidade do indivíduo.

Esta singela reflexão sobre o agir moral, direciona o olhar do estudo para o registro da vulnerabilidade presente no espaço virtual, cuja comprovação e constatação é fruto do registro dos mais diversos episódios já divulgados, o que reforça a tese de ser o indivíduo, verdadeiramente, o protetor do direito à sua intimidade, considerando, ainda, ser incipiente os instrumentos de segurança neste espaço.

## **5 O ESPAÇO DAS FERRAMENTAS TECNOLÓGICAS COMO MEIO DE OFENSA AO DIREITO À INTIMIDADE**

O processo de ampliação do conhecimento humano, no mundo contemporâneo, tem levado ao crescente avanço tecnológico, em especial da Internet. A Internet quando de sua criação tinha a finalidade de permitir um processo de comunicação entre os indivíduos, de

forma célere, rápida e eficiente, por intermédio de seus computadores. Contudo, o avanço tecnológico tem permitido que as informações passem a trafegar com maior presteza e frequência pelo universo da Internet, por intermédio dos mais diversos equipamentos, como computadores, *tablets*, *smartphones* e outros dispositivos. O conjunto desses novos equipamentos é denominado de *Internet de Todas as Coisas* (Internet of Thing ou Internet of Everything).

Gimenes, Santos e Neto (2012, p. 13), refletindo sobre a rede mundial de computadores identificam como características desta rede a instantaneidade, a isonomia, o dinamismo e a possibilidade da sensação do anonimato. Destas características, segundo os autores, observam-se, respectivamente, a eliminação das barreiras tempo e espaço, a isonomia entre os seus usuários, com ressalva, e, não poderia ser diferente, das opções tecnológicas e da competência de cada usuário, a capacidade de armazenamento de conteúdo vastíssimo, como textos, sons e imagens.

Neste mundo virtual, constata-se a presença não somente dos indivíduos, mas organismos que integram a sociedade, como empresas, as mais diversas instituições e os entes governamentais nas suas variadas dimensões internas. Mas, isto vai mais além, por força da utilização deste universo para a proteção ou até mesmo a espionagem de outros governos na preservação de seus interesses no mundo globalizado.

Emblemático e de conhecimento público é o caso *Snodewn*. Este não é o objeto da análise, mas importante as reflexões apresentadas por um grupo de especialistas no artigo intitulado “Após Snowden: o Impacto da Vigilância”. Bauma; Bigo; Esteves; Guild; Jabri; Lyon; Waker trazem observações acerca da extensão da vulnerabilidade presente no meio virtual. A vulnerabilidade reconhecida abrange governos, grandes empresas privadas, e, em especial, os indivíduos. Sobre os Estados, os autores acima indicados (2015, p. 33) registram que, a partir das revelações de Snowden, os Chefes de Estado têm plena consciência da onipresença da espionagem. A partir das revelações de Snowden, todo e qualquer cidadão de qualquer nacionalidade, líderes ou liderados, qualquer ser que se comunique, qualquer usuário de modernas tecnologias de comunicação recente é facilmente identificado e poderá, diante do contexto da comunicação, se tornar suspeito (p. 2015, p. 27). Para confirmar a vulnerabilidade do ciberespaço, os autores (2015, p. 28) vaticinam que “o indivíduo das práticas cibercomunicativas está plenamente consciente de que o ciberespaço está aberto ao mundo e vulnerável ao olhar estrangeiro – seja do hacker, o do marqueteiro ou até mesmo do Estado”.

No ciberespaço, os indivíduos desenvolvem o processo comunicativo, convictos da vulnerabilidade, cabendo, primeiramente, ao indivíduo a proteção de sua intimidade. Diz-se, primeiramente, porque as mídias sociais, onde os indivíduos relatam suas vidas cotidianas, como mensagens e postagens as mais diversas, funcionam por meio de relações entre diferentes usuários. É de conhecimento público que todos os dispositivos utilizados neste processo de comunicação têm sistemas operacionais que, muitas vezes, não possuem mecanismos adequados de proteção (até mesmo os que possuem, são passíveis de violação).

No espaço cibernético, compete ao indivíduo empreender ações regidas pelo agir moral para proteger a sua privacidade. Isto porque os indivíduos fornecem informações valiosas que podem ser utilizadas em seu desfavor, apesar de o Estado ter o dever de proteger o direito à intimidade, utilizando, inclusive, a via excepcional do direito penal. Mas o espaço cibernético é tão dinâmico que a resposta estatal resultará insuficiente para a plena proteção dos direitos da personalidade, como a intimidade, a honra, a imagem e a vida privada.

A fim de ilustrar a discussão para confirmar o dever do Estado de proteger o direito à intimidade, necessária uma análise do arcabouço constitucional sobre a temática e na sequência a identificação da legislação infraconstitucional produzida aplicada ao ciberespaço, com destaque, neste debate, para a construção do direito penal a ser aplicado no processo de proteção do direito à intimidade.

134

## 6 MANDADOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO.

Dispositivos normativos da Constituição Federal determinam a criminalização de determinadas condutas, com a finalidade de proteger direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais prestacionais. Neste conjunto de dispositivos normativos merece destaque o inciso XLI, do art. 5º, da CF: “*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”. Também se pode fazer referência aos incisos XLII, XLIII, XLIV, todos do art. 5º, ao inciso X, do art. 7º, ao § 4º, do art. 227, todos da Carta Constitucional. Nestes comandos normativos identificam-se mandados de criminalização para a proteção de bens e valores jurídicos.

Mendes e Branco (2015, p. 492), citando Meldense, sustentam que os mandados constitucionais de criminalização atuam como limitações à liberdade de configuração do

legislador penal e impõem a instituição de um sistema de proteção por meio de normas penais.

Na construção do processo legislativo é necessário que se observe o princípio da proporcionalidade, a fim de se proteger adequadamente os direitos fundamentais, sejam estes de defesa ou prestacionais.

Mendes e Branco (2015, p. 492/493) desenvolvendo a compreensão do princípio da proporcionalidade da construção da legislação penal para proteção dos referidos direitos, utilizam a dogmática alemã para fixar como balizas da proporcionalidade a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente. Neste sentido o ato legislativo não será adequado quando não proteja o direito fundamental de maneira ótima e não será necessário quando da existência de medidas alternativas que favoreçam ainda mais a realização do direito fundamental submetido à proteção penal.

A dificuldade na construção do processo legislativo penal para proteção do direito à intimidade no ciberespaço é a transformação quase instantânea que se opera no meio digital. Restará sempre uma proteção deficiente, em razão da desproporcionalidade, na dimensão temporal, dos processos de transformação do espaço cibernético e da transformação do Direito.

Sobre esta desproporcionalidade existente nos dois processos, a proteção do Estado será sempre deficiente. Portanto, os indivíduos que se comunicam no ciberespaço devem empreender um agir moral com fundamento na teoria do cuidado, a fim de exercer o controle soberano do “eu” compreendido em termos de liberdade de expressão, comunicação e armazenamento de informações e dados valiosos que se dirijam à proteção da intimidade.

A comprovação da complexidade do ciberespaço foi a mora do Estado Brasileiro na definição dos princípios, garantias, direitos e deveres para uso da Internet. Foi por intermédio da Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014, denominada de “Marco Civil da Internet”, que este espaço foi regulamentado.

O direito à privacidade na internet é garantido pela inviolabilidade e sigilo das comunicações no ambiente digital e a guarda dos registros dos usuários. As informações devem ser armazenadas pelas operadoras e sites pelos prazos fixados na lei. A norma jurídica prescreve que esses dados são de natureza confidencial e serão fornecidos quando de determinação judicial. Mas não há possibilidade de se assegurar confidencialidade de comunicações no ciberespaço, prova disto, são as revelações de Snowden.

Para responder às agressões à intimidade no ciberespaço, e por força dos mandados constitucionais de criminalização, foram empreendidos processos legislativos que introduziram no sistema jurídico brasileiro as Leis 12.737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) e 12.735 (Lei Azeredo).

## 7 ALTERAÇÕES DA LEGISLAÇÃO PENAL

No processo legislativo para produção da legislação penal, a ordem constitucional fixa a estreita obediência aos princípios da legalidade (ou da reserva legal) e da anterioridade penal. O art. 5º XXXIX da CF dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, pena sem prévia cominação legal, e o inciso XL, do mesmo artigo e diploma constitucional, preconiza que a lei não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Ressalte-se que é competência da União regulamentar os referidos dispositivos constitucionais, nos termos do art. 22, I, da CF. A reserva legal implica a precisão do tipo penal, ou seja, o indivíduo deve ser capaz que compreender o que efetivamente pretende o Estado permitir ou proibir.

Para fixar os limites do processo legislativo penal impõem-se a observância do princípio da responsabilidade pessoal. Tal princípio tem o seu marco histórico no iluminismo e encontra-se previsto expressamente, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e na Declaração dos Direitos Humanos (1948).

O princípio da responsabilidade pessoal consigna que a pena somente pode ser aplicada ao autor ou partícipe do fato definido como crime. Porém, a ordem constitucional atribui ao legislador ordinário a fixação dos limites da responsabilidade civil e a definição da eventual perda de bens do responsável pela violação dos direitos de personalidade.

Nos contornos constitucionais destacados foram editadas as Leis 12.737/2012 e 12.735/2012, ambas com o propósito de proteger o direito à intimidade das agressões operadas no ciberespaço. A Lei 12.735/2012 (Lei Azeredo) teve seu nascedouro em 1999 - do projeto restou tão somente 05 (cinco) artigos dos 20 (vinte) originais. Na essência, a legislação que tramitou por quase 13 (treze) anos, ofertou aos indivíduos normas estruturantes do policiamento para investigar os crimes cibernéticos e a ampliação do agir dos juízes, permitindo que os julgadores façam cessar transmissões “eletrônicas ou da publicação de qualquer meio”, mormente as divulgações de conteúdo racista, as quais devem ser removidas da internet por decisão judicial.

A partir da invasão de dispositivo de informática da atriz Carolina Dieckman, que permitiu a subtração de dados pessoais e em especial um conjunto de fotos íntimas que foram imediatamente divulgadas nas redes sociais, o legislador pátrio, nos limites dos dispositivos constitucionais, empreendeu o processo legislativo que resultou na edição da Lei 12.737/2012, que ficou conhecida como Lei Carolina Dieckman. Apesar da proteção insuficiente, a lei tipifica os crimes informáticos, adicionando ao Código Penal os artigos 154-A e 155-B e promovendo alteração na redação dos artigos 266 e 298 do mesmo diploma legal.

Apesar do esforço do legislador, inúmeras são críticas dirigidas ao texto legislativo pelos mais diversos profissionais, especificamente pelos experts na área de tecnologia da informação e pelos mais diversos juristas acerca da imprecisão das condutas tipificadas, cuja consequência é a inobservância do princípio da determinabilidade da conduta criminosa exigida pela Carta Constitucional no processo legislativo penal.

Há espaço para um amplo e expressivo debate sobre os contornos das alterações legislativas, mas este não é foco da abordagem, destacando, tão somente que pela pena imposta aos delitos, os mesmos são classificados primeiramente como delitos de menor potencial ofensivo e quando submetidos à causa de aumento de pena passam à categoria de delitos de médio potencial ofensivo, os quais admitem a solução pela aplicação dos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo.

O que se pretende demonstrar é que a utilização do processo legislativo penal para proteger à intimidade do indivíduo do espaço cibernético é insuficiente pela ampla vulnerabilidade existente e pela impossibilidade tecnológica de transformar este espaço em “território” efetivamente seguro. Por mais eficiente que sejam os procedimentos de segurança a violação sempre será possível, como demonstra o caso Snodown já abordado no texto, a partir dos argumentos de especialistas na área de tecnologia da informação. Portanto, a melhor maneira de proteger à intimidade no ciberespaço, é a conduta individual em autofixar limites de agir moral, com fundamento na teoria do cuidado, ao se comunicar neste complexo mundo virtual.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se do processo evolutivo do Estado que a sua função primordial é domar o Estado Natural, permitindo que o indivíduo desenvolva a sua competência, porém submetido às leis regulamentadoras do comportamento. Neste sentido, o indivíduo renúncia a sua liberdade plena, a fim de preservar a sua autoconservação, competindo ao Estado implementar os meios necessários para concretude do contrato social.

Além de tão-somente domar o Estado Natural, o Estado contemporâneo é, acima de tudo, garantidor dos direitos fundamentais proclamados, assim como devedor de direitos fundamentais prestacionais, assegurando, inclusive, a participação dos indivíduos no processo de permanente construção do Estado Democrático de Direito e Social.

Mas, imperiosa que a aspiração popular voltada para construção de uma sociedade igualitária, liberta e solidária, o Estado impõe um agir moral a seus cidadãos. O agir moral deve conduzir os indivíduos no processo de proteção dos direitos fundamentais, inclusive o direito à intimidade.

O agir moral pressupõe o cuidado nos relacionamentos: o cuidado no se relacionar alcança pessoas, objetos, meio ambiente, seja natural ou artificial, os animais, as instituições etc. É necessário, portanto, que o agir moral direcione o olhar para a vulnerabilidade presente no espaço virtual, cuja comprovação e constatação é fruto do registro dos mais diversos episódios já divulgados, o que reforça a tese de ser o indivíduo, verdadeiramente, o protetor do direito à sua intimidade, considerando, ainda, ser incipiente os instrumentos institucionais de segurança (leis, regulamentos) neste espaço.

É necessário que os indivíduos desenvolvam suas comunicações neste ciberespaço convictos da vulnerabilidade. Isto porque as mídias sociais, onde os indivíduos relatam suas vidas cotidianas, como mensagens e postagens as mais diversas, funcionam por meio de relações entre diferentes usuários. Os dispositivos utilizados neste processo de comunicação têm sistemas operacionais que, muitas vezes, não possuem mecanismos adequados de proteção, até mesmo os que os possuem, são passíveis de violação.

Quando se afirma que a proteção da intimidade no ciberespaço é preferencialmente exercida pelo indivíduo é por força da evidente constatação da dificuldade na construção do processo legislativo penal para proteção do direito à intimidade no ciberespaço. A



transformação dos dispositivos digitais é quase que instantânea no meio digital, enquanto que o sistema jurídico não possui esta dinâmica.

A desproporcionalidade na dimensão temporal entre as transformações do ciberespaço e do sistema jurídico gera uma proteção deficiente da intimidade do indivíduo pelo Estado. Os indivíduos que se comunicam no ciberespaço devem empreender um agir moral com fundamento na teoria do cuidado, a fim de exercer o controle soberano do “eu” compreendido em termos de liberdade de expressão, comunicação e armazenamento de informações e dados valiosos que se dirijam à proteção da intimidade.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*. Organização e tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. 2. reimp. Tradução de Ernesto Garzón Valdéz. Madrid: Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Dicionário de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

\_\_\_\_\_. *A Era dos Direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.





BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: quadro comparativo. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos Deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição de 1988*. v. 2. São Paulo: Forense Universitária, 1999.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle Judicial das Omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

140

FURROW, Dwight. *Ética: conceitos-chave em filosofia*. Porto Alegre: Artmed, 2007.

FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 5.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1994.

GIMENES, Eron Veríssimo; SANTOS, José Eduardo Lourenço; NETO, Mário Furlaneto. *Crimes na Internet e Inquérito Eletrônico*. São Paulo: Edipro, 2012

LUÑO, Antônio Enrique Pérez. *Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional*. Tradução de José Luís Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

KERSTING, Wolfgang. *Universalismo e Direitos Humanos*. Coleção Filosofia, 162. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

MASTRODI, Josué. *Direitos Sociais Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.



MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 3. Tomo I. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 8. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1980.

\_\_\_\_\_. *Eficácia das Normas Constitucionais e Direitos Sociais*. 1. ed. Tomo 3. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAWLS, John. *O Direito dos Povos*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *Uma Teoria da Justiça*. Tradução de Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução de Álvaro de Vita. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

BAUMAN Zygmunt; DIDIER, Bigo; ESTEVES, Paulo; GUILD, Elspeth; JABRI, Vivienne; LYON, David; WAKER, R.B.J. Após Snowden: Repensando o Impacto da Vigilância. Tradução de Joana Negri. *REVISTA ECO PÓS: Tecnopolíticas e Vigilância*, v. 18, n. 2, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM Luciano Benetti (Orgs.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. *Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PIKETTY, Thomas. *O Capital no Século XXI*. Tradução de Mônica Baumgarten de Bolle. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

SENNETT, Richard. *A Cultura do novo Capitalismo*. Tradução de Clóvis Marques. Rio de Janeiro: Record, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

Submissão: 28/01/2016  
Aceito para Publicação: 18/09/2016



## ASPECTOS DO “DIREITO PENAL DESEJADO” EM COMENTÁRIOS DE MÍDIAS SOCIAIS: UMA ANÁLISE CRÍTICA

### ASPECTS OF THE “CRIMINAL LAW DESIRED” ON COMMENTS OF SOCIAL MEDIA: A CRITICAL ANALYSIS

Júlio César Pompeu\*

Marlon Amaral Hungaro\*\*

**RESUMO:** Analisa-se qual é o “direito penal desejado” expresso por internautas atualmente. Fontes bibliográficas e materiais jornalísticos *online* (mídia social) serão utilizados para dar resposta à seguinte indagação: há um “direito penal desejado”, expresso por internautas, no Brasil? Havendo esse “direito”, qual a influência dos veículos midiáticos para a formação desse discurso? A pesquisa científica ganha relevância por apresentar-se às vésperas da promulgação do novo Código Penal (PLS nº 236/2012), notavelmente recrudescido, que dá voz à opinião pública advinda das mídias sociais. Assim, por amostragem, a análise possibilita perquirir acerca dos aspectos desse “direito penal” almejado na Internet. A delimitação da análise dá-se a um linchamento ocorrido em julho de 2015, em São Luís/MA. São analisadas todas as matérias publicadas pelo jornal *online* Extra (Globo) sobre o referido tema, assim como os comentários ali gerados em nove dias. Parte-se da suposição de que o “direito penal desejado” atualmente apresenta-se similar ao efetivamente exercido num passado remoto: a flagelação corporal. A Análise Crítica do Discurso propicia a imersão no problema de pesquisa. Nesse sentido, há a confirmação da hipótese: o discurso predominante nos comentários dos internautas está direcionado a um “direito penal” deveras punitivista (legitimação discursiva da prática da vingança privada e da punição corporal). Contudo, esse discurso não pode ser considerado isoladamente, pois foi possível notar que a mídia patentemente influencia na (de)formação do discurso dos internautas, quando se posiciona de um modo (matéria predominantemente informativa) ou de outro (conteúdo opinativo ou enviesado).

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Penal Desejado. Mídia de Massa. Análise Crítica do Discurso.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Perspectivas Punitivas no atual Contexto Social. 2 O Projeto de Novo Código Penal (Pls Nº 236/2012). 3 Procedimentos de Análise. 3.1 A Descrição do Discurso. 3.2 Os Modos de Operação da Ideologia. 4 O Caso do Linchamento no Maranhão. 4.1 Matérias e Comentários. 4.2 Panorama Geral dos Comentários. 4.3 O “Direito Penal Desejado” nos Comentários. 4.4 Relação entre Matérias e Comentários. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** This research analyzes what is called as the “criminal law desired” by internet users in contemporary social media. Bibliographical sources and online journalistic material (social media) were used to answer the following question: is there a “criminal law desired” expressed by Internet users in Brazil? If this “criminal law” exists, which is the media influence in the formation of this discourse? Scientific research is relevant to be made on the eve of the promulgation of the new Criminal Code (PLS No. 236/2012), notably austere, giving voice to public opinion arising out of social media. The study was delimited by the analysis of a lynching occurred in July 2015 in the city of São Luís, State of Maranhão. All the articles published by online newspaper Extra (Globo) were analyzed, as well as the readers’ comments written during nine days – period in which all the materials and comments were published. The assumption is that the “criminal law currently desired” is the same that existed in a distant past: corporal punishment. A Critical Discourse Analysis provides immersion in the research problem. In this sense, there is the confirmation of the hypothesis: the dominant discourse in the comments of Internet users are directed to a more punitive “criminal law” (which legitimates the practice of private revenge and corporal punishment). However, this discourse cannot be considered in isolation, since it was noticeable the media influence in the formation/deformation of the discourse of internet users, which varies according the content published, if it is predominantly informative, an opinion or a biased content).

**KEYWORDS:** “Criminal Law Desired”. Mass media. Critical Discourse Analysis.

\* Doutor em Psicologia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Professor Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

\*\* Mestre em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus (FSSJ), São Paulo.

## INTRODUÇÃO

Às vésperas da promulgação de um novo código penal notavelmente recrudescido (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012), de autoria do senador José Sarney (PMDB-AP) – atualmente em tramitação na Comissão de Constituição e Justiça do Senado –, interessante fenômeno que vem se apresentando é a abertura expressa, promovida pelo presidente da CCJ, Eunício Oliveira (PMDB-CE), à população brasileira para sugestões, inclusive disponibilizando mecanismos para o envio *online* para comentários. Além disso, outros senadores, como o então relator do referido projeto de lei, Pedro Taques (PDT-MT), também corroboram que o debate será conduzido pelo Congresso Nacional levando em consideração sugestões e opiniões da sociedade também advindas da Internet (CHAGAS, 2012, p. [S.I]).

Assim, inserta na contemporaneidade social, a presente pesquisa busca identificar aspectos desse “direito penal desejado”<sup>1</sup> por internautas no Brasil. Essa proposta é tecida em analogia a uma pesquisa realizada por Stéphane Monclaire e outros (1991), às vésperas da Assembleia Constituinte de 1988 – o que demonstra não ser a primeira vez que a opinião pública, em tese, é apreciada oficialmente no processo legislativo.<sup>2</sup>

Por outro viés, diversamente da pesquisa encabeçada por Monclaire (1991), opta-se aqui pela pesquisa de comentários acostados a notícias publicadas na Internet (Portal de Notícias do Grupo Globo, com delimitação do jornal *online* Extra, por ser considerado o portal com maior alcance [em número de acessos] entre os internautas brasileiros), os quais ainda permitem a dispersão pelas redes sociais<sup>3</sup> (*compartilhamento*).

<sup>1</sup> Deliberou-se pela utilização da expressão “direito penal desejado” justamente para fins de utilizar a forma vulgar do conceito, quando, na verdade sabe-se que o direito penal é “o ramo do saber jurídico que, mediante a interpretação das leis penais, propõe aos juízes um sistema orientador de decisões que contém e reduz o poder punitivo, para impulsionar o progresso do estado constitucional de direito” (ZAFFARONI et al., 2003, p. 38-40). Nesse sentido, nota-se que o conceitualmente correto seria denominar *poder punitivo* desejado.

<sup>2</sup> A pesquisa de Monclaire (1991) foi respaldada em cartas de diversos setores da sociedade civil brasileira, a fim de identificar qual era a Constituição desejada pelos respondentes. À época, tratou-se de investigação encomendada pelo Senado Federal para, segundo consta, dar voz à população acerca da nova Constituição da República, no momento, em discussão.

<sup>3</sup> A título de definição terminológica, interessante notar que, como ensina André Telles: “Várias pessoas confundem os termos Redes Sociais com Mídias Sociais, muitas vezes usando-as de forma indistinta. Elas não significam a mesma coisa. O primeiro é uma categoria do último. Os sites de relacionamento ou redes sociais são ambientes que focam reunir pessoas, os chamados membros, que uma vez inscritos, podem expor seu perfil com dados como fotos pessoas, textos, mensagens e vídeos, além de interagir com outros membros, criando listas de amigos e comunidades. Sendo assim: Facebook, Orkut, MySpace, entre outros = Redes Sociais ou como chamava-se em 2005, sites de relacionamento. Twitter (microblogging), YouTube (compartilhamento de vídeos), SlideShare (compartilhamento de apresentações), Digg (agregador), Flickr (compartilhamento de fotos), entre outros + Redes Sociais = Mídias Sociais ou como chamava-se em 2005, novas mídias” (TELLES, 2016, p. [S.I]).

Ainda, optou-se por investigar, além dos próprios comentários, a forma que as notícias foram divulgadas no referenciado veículo midiático. Assim, nada obstante o “direito penal desejado” ser o objetivo central desta pesquisa, entende-se necessário questionar se a partir de matérias de cunho informativo ou opinativo haveria alguma tendência destas resplandecida nos comentários acostados. Assim, as fontes de pesquisa serão as midiáticas (notícias e comentários veiculados nos sítios do Extra/Globo) – portanto, também documental Gil (2012), posto que matérias jornalísticas também pertencerem à história cultural (BURKE, 2008, p. 7).

No ensejo de buscar aspectos do “direito penal desejado” por internautas, uma pesquisa de opinião (levantamento) será efetuada tendo por parâmetro a análise dos comentários publicados na Internet sobre o caso de um suposto evento criminal (roubo), que fatidicamente calhou em “justiçamento” público (linchamento) ocorrido, no dia 6 de julho de 2015, em São Luís/MA.

Pode-se asseverar, no contexto atual, que o clamor popular se faz ouvir com intensidade, justamente, pelas condições de possibilidade emanadas da Internet, sendo os computadores, enquanto sistema de comunicação, “amplificadores e extensões da mente humana”, como ensina Castells (2001, p. 69).

A título de exemplificação dessa influência, destacam-se as passeatas ocorridas no Brasil, em 2013, a fim de reivindicar melhorias sociais (GARCIA, 2013), assim como os protestos promovidos contra o Governo Federal no dia 15 de março de 2015 (dois milhões de pessoas) e no dia 13 de março de 2016 (3,3 milhões de pessoas) (MENEZES, 2016), todos promovidos majoritariamente pela Internet. Devido a isso, restou evidenciado que tais movimentos sociais foram expressivos, em questão numérica, devido ao grande poder de aproximação das pessoas – aproximação esta promovida em ambiente virtual nas denominadas mídias sociais (*facebook*, *whatsapp* e outras) (GARCIA, 2013).

A mídia<sup>4</sup> já vem sendo objeto de estudo por pesquisadores que a entendem como um mecanismo poderoso para a manipulação da população, mesmo em regimes *ditos*

<sup>4</sup> Frisa-se que, dada a multiplicidade de termos utilizados por diversos estudiosos do tema, utilizaremos como sinônimos – seja em citações ou diretamente – os termos *mídia*, *media*, *mass media*, *mídia de massas* e *meios de comunicação em massa*, todos no afã de delinear técnicas comunicacionais de grande abrangência. Anote-se desde já que, para fins do presente trabalho, em algumas situações se especificará os canais midiáticos (por exemplo, *mídia televisiva etc.*) ou grupo (por exemplo, *velhas mídias*, *meios tradicionais de informação etc.*), assim como também se utilizará o termo *mídia como aparato informacional integrado* (onde há a fusão dos meios tradicionais de informação [jornal impresso, rádio, televisão] e Internet [com as mídias sociais, como o

*democráticos* (CHOMSKY, 2013). Desse modo, indaga-se, reflexamente, seu poder de influência de direcionar a opinião pública acerca de um “direito penal desejado”.

Posto isso, o problema central desta pesquisa é expresso nas seguintes frases: há um “direito penal desejado”, expresso por internautas, no Brasil? Havendo, quais os aspectos mensuráveis desse “direito”, e qual a influência dos veículos midiáticos para a formação desse discurso?

A suposição se dá pelo questionamento da mídia enquanto veículo parcial, cujo compromisso profissional está direcionado não apenas a transmitir a informação. Logo, ao contrário disso, adota-se, como hipótese, que a notícia veiculada pela mídia, a depender do discurso por ela tecido, contribui de forma determinante para a formação da opinião internalizada pelos internautas e, por conseguinte, para a composição de seus comentários acerca do “direito penal desejado”.

Para a análise do texto (matérias jornalísticas *online* e comentários), a *maneira de fazer a descrição do discurso* (DIJK, 2010, p. 12) será trabalhada a partir da Análise Crítica do Discurso – inegavelmente uma análise social (FAIRCLOUGH, 2001).

147

## 1 PERSPECTIVAS PUNITIVAS NO ATUAL CONTEXTO SOCIAL

Hoje, na denominada *modernidade líquida*<sup>5</sup>, *pós-modernidade*,<sup>6</sup> *alta modernidade* ou *capitalismo tardio*<sup>7</sup>, dentre tantas outras designações equivalentes – termos a partir dos quais, em suma, tenta-se explicar teoricamente o momento social contemporâneo, a nível global –, o recrudescimento penal está em voga no discurso oficial pátrio (*controle social*

---

jornalismo interativo *online* etc.]). Todavia, a adjetivação do termo ou predicação permitirá a dissolução de qualquer ambiguidade terminológica.

<sup>5</sup> Segundo o autor, a presente sociedade caracteriza-se pela volatilidade e liquidez das relações pessoas e outras (BAUMAN, 2009). Sobre o que Bauman (2001) denominou por “modernidade líquida”, no atual contexto social, os meios de comunicação, “[...] criam um mundo de imagens voláteis, na qual o modo de vida que sobressai é a individualização, que tem uma íntima ligação com a incerteza e segurança. Dessa forma, a vida na sociedade líquida configura-se como sendo cheia de armadilhas que, possui com um desdobramento, o medo” (SILVA; MENDES; ALVES, 2015, p. 257).

<sup>6</sup> Era das novas sociedades ocidentais, caracterizadas por “fortes abalos, vinculados à perda de referências, à desagregação dos moldes herdados do passado, ao enfraquecimento das certezas: a sociedade ‘moderna’ tende a dar lugar a uma nova sociedade que, ainda que se enraíze na modernidade, apresenta características dela diversas” (CHEVALLIER, 2009, p.13).

<sup>7</sup> “O mundo moderno tardio — o mundo do que chamo de alta modernidade — é apocalíptico não porque se dirija inevitavelmente à calamidade, mas porque introduz riscos que gerações anteriores não tiveram que enfrentar” (GIDDENS, 2002, p. 11-12).



*institucionalizado*), aparentemente amparado pelo clamor punitivo popular que se faz ouvir com bastante intensidade (*controle social difuso*)<sup>8</sup>.

Nesse sentido, interessante fenômeno para o qual chamamos a atenção, nessa perspectiva punitivista hodierna, é que como a história recente do País denota, há uma *aparente* influência da opinião pública, gerada e fomentada pujantemente pelos *meios de comunicação em massa*, no processo de criação de leis penais nas últimas décadas – assim como na sedimentação de um *sistema penal* mais recrudescido, em sua totalidade (*controle social punitivo institucionalizado*).

Como ensina Zaffaroni, a estrutura oferecida pelo poder punitivo inevitavelmente sofre influência de outras *agências*, as quais convencionou chamá-las de *empresários morais* (ou *empreendedor moral*)<sup>9</sup>, que são direcionamentos para atuação criminógena em uma dada sociedade (ZAFFARONI et al., 2003, p. 45).

Uma das constatações que se pode alegar, dada a frequente incidência da mídia moderna no processo *sistema penal*, tanto direta quanto indiretamente, é que ela exerce um papel que vai além da mera *função comunicativa* (BATISTA, 2002, p. 254) havendo, no que Nilo Batista denominou de *capitalismo tardio*, uma verdadeira “executivização dessas agências de comunicação social do sistema penal” (BATISTA, 2002, p. 254). Nesse sentido, vários são os casos de incidência midiático-popular no processo legislativo criminal.

Traçando um parâmetro entre *mass media* e a legislação penal que vem se recrudescendo ultimamente *legitimada pela opinião pública*, vemos, entre alguns exemplos, que a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/1990), foi claramente motivada pelo sequestro do empresário Abílio Diniz, no final dos anos 80, amplamente explorado pelo jornalismo do País; a lei dos crimes hediondos (Lei 8.930/1994), nitidamente foi fomentada a partir do assassinato da atriz Daniela Perez, igualmente exacerbado pelos meios de comunicação; a lei de tortura (Lei 9.455/1997), a partir da forte repercussão jornalística de policiais matando pessoas na Favela Naval; também a Lei 9.677/98 e a Lei 9.695/98 foram criadas logo após o “escândalo dos remédios falsos” divulgados pela imprensa; inúmeras alterações punitivistas no que tange aos menores infratores foram desencadeadas a partir da exploração jornalística

<sup>8</sup> O controle social pode ser compreendido como, tanto um poder “difuso (meios de massa, família, rumores, preconceitos, modas etc.) ou institucionalizado (escola, universidade, psiquiátrico, polícia, tribunais etc.)” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2008, p. 65).

<sup>9</sup> Relacionados como os agentes de comunicação social, as agências políticas e outros (ZAFFARONI et al., 2003, p. 45).

do “caso Champinha”, em 2003; o RDD (Regime Disciplinar Diferenciado) foi criado, em 2006, a partir da repercussão midiática dos ataques do PCC que culminaram em várias mortes de policiais; em 2008, após a absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, criou-se a lei que extirpou o protesto por novo júri; em 2012, as Leis 12.735 e Lei 12.737 (Leis dos Crimes Digitais) foram patentemente editadas após uma atriz da Rede Globo de Televisão ter fotos vazadas na Internet (GOMES, apud SOHSTEN, 2016, p. [S.I]).

No intuito de tentar compreender em números o atual momento de recrudescimento penal, uma pesquisa realizada pela ALPEC<sup>10</sup> indica que, tomando por parâmetro a data de 1940 (edição do Código Penal vigente) até o fim da ditadura, em 1985, ao todo foram criadas 91 leis de conteúdo penal (média de 2,07 leis penais por ano). Por outro revés, tomado o período de março de 1985 até dezembro de 2011, foram editadas 111 novas leis com teor penal (média de 4,27 leis penais ao ano). Isso significa que, após a democratização, o País “criminalizou mais que o dobro em praticamente metade do tempo, em comparação com o período da ditadura militar. Tal constatação coloca em xeque a própria efetivação do regime democrático” (DAMOUS, apud TOMAZ JR, 2016, p. [S.I]).

149

Por outra senda, atentando-se agora para o recrudescimento penal fomentado pela opinião pública<sup>11</sup> – a nosso ver, gerada em grande parte pela mídia nacional<sup>12</sup> –, em relação à *jurisprudência* nacional (além das práticas corriqueiras de aprisionamentos preventivos perpetrados pelo Poder do Judiciário e, enfim, da onda de encarceramento no geral)<sup>13</sup>, recentemente vimos que o Supremo Tribunal Federal – cuja função é também a de “guardião

<sup>10</sup>Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología. Disponível em: <<http://www.inej.edu.ni/alpec/>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

<sup>11</sup> Em pesquisa de opinião realizada pelo Latinobarómetro, chegou-se à conclusão que no caso do Brasil, “64,3% dos entrevistados disseram que o Poder Judiciário do País não pune. Além disso, também disseram que a sensação de impunidade para esse tipo de delito prepondera em todo canto do Brasil” (DI REZENDE, 2015, p. [S.I]). Segundo pesquisa feita pela Fundação Getúlio Vargas, 76% da população lamenta ser a lei penal pouco severa no País. “Para 39% dos entrevistados, leis penais muito brandas são a principal causa da impunidade, enquanto 36% das pessoas acreditam que a corrupção na Polícia contribui para a impunidade generalizada” (PARA..., 2011, p. [S.I]). Em outra pesquisa, concluiu-se que a “sociedade brasileira quer maior rigor no combate ao crime. A avaliação consta no estudo *Retrato da Sociedade Brasileira: Segurança Pública*, da Confederação Nacional da Indústria (CNI) [...]. A pesquisa revela que 79% dos entrevistados defendem penas mais duras para reduzir a violência no país” (JINKINGS, 2011, p. [S.I]).

<sup>12</sup> Como mostra a pesquisa realizada pelo Senado Federal em 2007, a mídia contribui fortemente para formar a opinião pública sobre a criminalidade. Segundo a pesquisa, “a convivência com atos violentos, por boa parte da população, contribui para o crescimento da insatisfação nacional com a impunidade”. Segundo a pesquisa, 86% dos entrevistados alegaram que a violência aumentou muito no último ano, nada obstante apenas 36% dos entrevistados alegarem que já foram vítimas de violência (BRASIL, 2007, p. 1-2).

<sup>13</sup> Segundo dados do Depen, 41% de toda população carcerária é formada por presos provisórios, sendo que, em levantamento feito pelo Judiciário do Rio de Janeiro, concluiu-se que 54% das prisões eram indevidas (DIAS, 2015, p. [S.I]).

da Constituição” (Art. 102, CRFB) – vem adotando posicionamentos que restringem alguns direitos do réu, já consolidados constitucionalmente. Entre notáveis exemplos, cite-se o inédito caso de prisão de um parlamentar por crime *afiançável e prescritível* (o que viola frontalmente o Art. 53, §2º, Constituição da República Federativa do Brasil) (TAFFARELLO, 2016) e a recente interpretação constitucional de que o condenado em segunda instância deve cumprir a pena imediatamente, mesmo com a “presunção de inocência” igualmente sendo prevista na Constituição da República, no capítulo sobre Direitos e Garantias Fundamentais (Art. 5º, LVII, Constituição da República Federativa do Brasil) (BRASIL, 1988).

Nesse último caso, como elucidação da influência da opinião pública sobre o judiciário, frisa-se que os discursos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na sessão de julgamento versavam prevalentemente sobre a famigerada “impunidade” e supostas “benesses” em demasia no processo penal, em se tratando de recursos. Fulgido no discurso de um dos ministros, Luiz Fux asseverou que: “Se há algo inequívoco hoje e a sociedade não aceita [é] a presunção de inocência e a pessoa condenada que não para de recorrer” (PEREIRA; TELES, 2016, p. [S.I])<sup>14</sup> – nada obstante os dados oficiais (Infopen) demonstrem que o país é um dos mais punitivistas do mundo (711.463 presos, no total), tendo o 3º maior contingente de detentos do planeta, além de ser o 2º que mais encarcera (136% de 1995 a 2010) (BARROCAL, 2015, p. [S.I]).

Já empiricamente (no controle social institucionalizado ou não), também legitimadas pela *psicologia popular* (SANTOS, 2016, p. 2) – igualmente, a partir da reiterada utilização e exacerbação do medo e da insegurança por parte da mídia de massas –, as punições são ainda mais cruéis do que as previstas formalmente nas Leis Penais. Por exemplo, há “*pena não legislada de morte*” por todo o país (seis pessoas são mortas por dia pela polícia) (PAGNAN; TUROLLO, 2014), amplamente aceita pela população<sup>15</sup>; a *tortura*, que é considerada problema crônico nas prisões brasileiras (RIBEIRO, 2014), vem sendo igualmente avalizada

<sup>14</sup> Além disso, o Ministro Cezar Peluso, já em 2011 alegava que “o Judiciário não pode ouvir passivamente” as críticas da opinião pública. “É preciso expor [nosso trabalho] à opinião pública, e essa é uma tarefa que nem sempre o Judiciário consegue desempenhar, explicar o que faz, e não ouvir passivamente o que a opinião pública, mediante a mídia, pensa sobre o Judiciário” (PELUSO, 2011, p. [S.I]).

<sup>15</sup> “Uma pesquisa realizada pelo Datafolha, divulgada hoje mostra que 43% da população paulista, diz que o policial que participa de grupos de extermínio fora de seu horário de trabalho para matar bandidos, não deveria ser punido. Essa é a verdade de um povo que tem medo e está esperando justiça, independente de onde venha” (FARIAS, 2012, p. [S.I]). “População comemora e faz cortejo após PM matar suspeitos de assalto no MA” (MADEIRO, 2016, p. [S.I]). “População defende policial que matou dupla de assaltantes” (MELLO, 2015, p. [S.I]). “Metade da população das grandes cidades brasileiras considera que ‘bandido bom é bandido morto’, conforme revelou pesquisa do Instituto Datafolha, divulgada nesta segunda-feira. Para especialistas consultados por Zero Hora, a resposta não chega a ser reveladora” (SCIREA, 2015, p. [S.I]).

pela população brasileira<sup>16</sup>; *penas vexatórias*, *juízos sumários* e *linchamentos* etc. são rotineiros e também potencialmente legitimados pela opinião pública (o que poderá ser visualizado no capítulo da pesquisa), sendo o Brasil o país que mais promove *linchamentos* no mundo (AMPARO, 2015), numa média de um consumado ou tentado por dia (ROSA, 2015).

Nada obstante a visível inocuidade da crescente promulgação de leis punitivas, já demonstrada cientificamente<sup>17</sup>, na recente história nacional claramente percebe-se que o endurecimento penal novamente ganha corpo nos últimos anos (com fito aos precedentes históricos), tendo ampla acedência popular – seja por meio do *controle social institucionalizado* (legislativo, judiciário, polícia etc.) ou pela atuação do *controle social difuso* (não institucionalizada, como linchamentos, execuções sumárias etc.).

Acertadamente Maria Lúcia Karam aduz que, nos tempos atuais, passamos por uma “enganosa publicidade do sistema penal”, que tem de inovador o “significativo reforço do distorcido, dramático e demonizador discurso da repressão penal” gerenciado pelo “eco advindo da intensificada divulgação pelos meios massivos de informação de condutas socialmente negativas ou conflituosas qualificadas como crimes” (KARAM, 2009, p. 22). Não se pode negar que, como disseram Zaffaroni e Pierangeli (2008, p.163), no estágio atual das punições “a luta está mais encarniçada do que nunca”.

151

## 2 O PROJETO DE NOVO CÓDIGO PENAL (PLS Nº 236/2012)

Recentemente, está-se às vésperas do histórico momento da promulgação de nova legislação penal – Projeto de Lei (PLS 236/2012 – Novo Código Penal) de autoria de José

<sup>16</sup> “Quase a metade dos brasileiros, 47,5%, apoia que os suspeitos de crime sejam torturados em busca de provas pela Polícia. Este número está apontado na mais recente pesquisa do “Núcleo de Estudos sobre a Violência”, da Universidade de São Paulo. Foram consultados mais de 4.000 brasileiros de todas as regiões do país. Esta pesquisa mostra que o apoio à violência e à tortura por parte da Polícia cresceu de 1999 até hoje. Em 1999 28,8% dos brasileiros apoiavam as práticas de tortura da Polícia, número que hoje atingiu 47,5%. A pesquisa mostra também que um terço dos consultados concorda com métodos como bater nos suspeitos, dar choques elétricos ou queimar partes do corpo, e também deixar a pessoa investigada sem comida e água” (VIEIRA, 2012, p. [S.I]). “Metade dos brasileiros aceita tortura de acusados [...]. O uso de algum tipo de violência é mais aceito para suspeitos de delitos como estupro (43,2%), tráfico de drogas (38,8%), sequestro (36,2%), uso de drogas (32,3%) e roubos (32,1%). Esses suspeitos poderiam receber um pior tratamento durante a investigação policial, na opinião dos pesquisados. O levantamento mostra que quanto mais jovem o entrevistado, maior parece ser a tendência em apoiar o uso de práticas de tortura” (METADE..., 2012, p. [S.I]).

<sup>17</sup> Segundo pesquisa elaborada pelo Ministério da Justiça, por exemplo, após a entrada em vigor da Lei dos crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) a “a população carcerária no Brasil saltou de 148 mil para 361 mil presos entre 1995 e 2005, mesmo período em que houve o crescimento de 143,91% nos índices de criminalidade” (VASCONCELLOS, 2016, p. [S.I]).

Sarney. Percebe-se de seu texto, igualmente, a presença marcante do viés *punitivista* a ser consagrado em forma de Lei.

Se comparado o PLS 236/2012 ao Código Penal atual (Decreto-Lei 3.688/41), em vigor desde 1º de janeiro 1942, o referido Projeto de Lei possui previsões de punições mais austeras em vários tópicos. Dentre tantas alterações substanciais de recrudescimento penal, vê-se, por exemplo, que a punição dos *crimes contra a vida* tem a pena mínima expandida, em relação ao *homicídio*; há a tipificação do crime de *terrorismo*, expressamente baseado no *direito penal do inimigo*<sup>18</sup>; previsão de crimes contra o *funcionamento das instituições públicas* e dos *serviços essenciais*; o crime do chamado *caixa dois*; torna a *corrupção* crime hediondo; o *estelionato* adquire novas formas de aumento de pena; *crimes contra a Administração Pública* são exacerbados; *crimes patrimoniais* recebem penas mais duras. No âmbito empresarial prevê a responsabilidade criminal por atos de pessoa jurídica contra a administração pública (como a *corrupção ativa*, o *contrabando*, o *descaminho*, entre outros), a ordem econômica (como no *cartel*), e o sistema financeiro (como a *lavagem de dinheiro* e *evasão de divisas*) (BRASIL, 2016).<sup>19</sup>

Segundo Alaor Leite, o discurso dos reformadores insiste em “vociferar sua brasilidade” e lamentavelmente deixa de “lançar os olhos sobre a história do direito penal brasileiro”. “O reformador também não parece comovido pela realidade carcerária brasileira, já que compreende a pena como um ato de ‘vingança social’” (LEITE, 2015, p. [S.I]).

Além da já evidenciada influência popular-midiática sobre o processo criminalizante na recente história penal pátria, destaca-se uma nova peculiaridade no que tange à tessitura do Novo Código Penal, em trâmite no Congresso Nacional: o novo aparato integrado de *media*, consistente numa ponte entre as novas e velhas tecnologias (fusão da Internet [mídias sociais] e dos tradicionais *media*), a partir do qual se tornou possível uma interação mediada, onde

<sup>18</sup> Segundo justificção do PL 236/2012 (gabinete senador Sérgio Souza), decidiu a CCJ (Senado) que, “Em conformidade com a Criminologia Contemporânea, nesses casos, o direito penal deve antecipar a tutela penal, mesmo que a pena aplicada seja a intensa e talvez, desproporcional. o Direito penal do inimigo procura predominantemente a eliminação de um perigo contra a sociedade, que deve ser eliminado pelo maior tempo possível, impedindo que o sujeito pratique crimes fora do cárcere. Enquanto ele estiver preso, haverá prevenção do delito, em relação a delitos que poderiam ser cometidos fora do presídio. Por essas razões, conclamamos o apoio dos insígnies Parlamentares para aprovação desta Emenda” (BRASIL, 2016, p. 2-3).

<sup>19</sup> Em um dos movimentos de recrudescimento penal mais importante, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC 33/2012), que advoga a redução da maioridade penal dos 18 para os 16 anos, já aprovado na Câmara dos Deputados, atualmente está em tramitação no Senado Federal. Interessante notar que, dos 34 comentários acostados à página do Senado Federal que versava sobre o tema, 27 comentários apóiam a PEC, enquanto 7 não apóiam (BRASIL, 2015).

povo e autoridades coexistem no mesmo âmbito (CARDOSO, 2015). Em suma, dá-se “poder às vozes silenciosas dos que reclamam autodeterminação e justiça social” (CARDOSO, 2015, p. 6).

Sobre o referenciado Projeto de Lei Penal, vê-se a marcante presença das mídias sociais – ou outras plataformas que permitem a inserção de comentários (interação) sobre determinado assunto (como a plataforma de comentários em notícias *online*, que também podem ser *compartilhadas* virtualmente) –, atuando de forma a conduzir o legislador a um “direito penal desejado”. Apesar de não ser propriamente algo inédito (a influência externa), chama atenção a expressa deliberação parlamentar de aceitar o clamor público mediado, advindo da Internet (ao invés de utilizar-se de debates públicos, como fóruns, audiências públicas etc., enfim, de espaços destinados ao amplo debate e discussão).

Nesse sentido, o presidente da CCJ, Eunício Oliveira (PMDB-CE), por exemplo, alega ser necessário uma “sintonia entre Parlamento e opinião pública”, disponibilizando até mesmo um *e-mail* aos cidadãos para o envio de críticas e sugestões sobre o novo Código Penal (PL nº 136/2012) (CHAGAS, 2012, p. [S.I]). Segundo o senador Pedro Taques (PDT-MT), o debate será conduzido pelo Congresso Nacional “levando em consideração as sugestões e opiniões da sociedade, seja pela internet ou em audiências públicas” (CHAGAS, 2012, p. [S.I]). Em poucas horas, as redes sociais do referido senador foi tomada por comentários em forma de sugestões legislativas.

Em suma, o que se apreende desse afã do legislativo é uma reiterada tentativa parlamentar de recrudescimento punitivo, numa espécie de truísmo da representatividade democrática – posto que aparentemente há legitimação popular para tanto, como indicam várias recentes pesquisas nacionais<sup>20</sup> – nada obstante a “sobrecarga política interativa” e “o

<sup>20</sup> A pesquisa “Retratos da Sociedade Brasileira: segurança pública”, realizada pela CNI/Ibope, aponta que “79% dos entrevistados acreditam que penas mais rigorosas podem reduzir a criminalidade. Entre os entrevistados, 46% defendem a pena de morte (31% defendem totalmente e 15%, em parte). A prisão perpétua é também aceita por 69% dos entrevistados. A pesquisa também aponta que 86% dos entrevistados aceitam a redução da maioria penal” (ALCÂNTARA, 2016, p. [S.I]). Já o Instituto Paraná Pesquisas, chegou à conclusão de que “90,4% dos entrevistados são favoráveis à responsabilização criminal de adolescentes, apenas 8,3% declararam ser contra. Para 64% dos entrevistados, a redução da maioria contribuiria para reduzir a violência. A pesquisa mostra ainda que 55% dos consultados avaliaram que a proposta deva valer para todos os tipos de crimes, mesmo delitos considerados mais leves” (ANÍBAL, 2016, p. [S.I]).

uso demagógico das redes sociais [...] para ir ao encontro do que o povo queria” (MALINI, apud ARAÚJO, 2015, p. [S.I]).<sup>21</sup>

Assim, como forma de tentar desvendar aspectos desse “direito penal desejado” pelos internautas, e entendendo que *opinião pública* e a *opinião publicada* são contíguas<sup>22</sup>, passaremos à pesquisa, sempre tendo em vista a atuação midiática contemporânea como *empreendedora moral* no processo criminalizante.

### 3 PROCEDIMENTOS DE ANÁLISE

A presente pesquisa, em *multimétodo* (mescla dados quantitativos e qualitativos) (FREITAS et al., 2000, p. 105), terá como finalidade analisar qual é o “direito penal desejado” por internautas em comentários tecidos a jornal *online* (na plataforma *comentários* de mídia social). Trata-se de um estudo com metodologia diferenciada, posto tratar-se de uma espécie de *survey* (levantamento) (CRESWELL, 2014, p. 178-183) onde há a espontaneidade na geração dos dados – portanto, com ausência de questionário fixo –, se valendo o pesquisador das opiniões expressadas randomicamente por internautas.

O levantamento a seguir apresentado tem como propósito o aspecto *explicatório* (testar teorias e relações causais) e *descritivo* (buscar opiniões manifestas e distribuição de alguns fenômenos presentes em dada população – no caso, os internautas) (PINSONNEAULT; KRAEMER, apud FREITAS et al., 2000, p. 106), sendo a representatividade da população feita por *amostragem*.

Nesse sentido, o presente capítulo trabalha o discurso (informativo ou opinativo) de um segmento da mídia *online* brasileira, num primeiro momento, sobre um linchamento ocorrido

<sup>21</sup> A deputada Mara Gabrilli (PSDB-SP) e o deputado Paulo Foletto (PSB-ES), por exemplo – como comprovam publicações em suas redes sociais, radicalmente mudaram de voto em vinte e quatro horas. “Teve um caso curioso aqui no Espírito Santo em que um deputado do PSB gravou um vídeo, se posicionando contra a redução da maioria penal, e no dia seguinte gravou outro vídeo, explicando porque votou a favor. Nesse meio tempo, ele foi alvo de uma reação muito violenta dos seus seguidores. É um exemplo do que muitos deputados viveram, tendo de responder aos seus eleitorados, algo que fez muitos deles mudarem de opinião” (MALINI, apud ARAÚJO, 2015, p. [S.I]).

<sup>22</sup> “É preciso considerar que os meios de comunicação de massa não são apenas ‘espaço para debate’; se o fossem, representariam totalmente a opinião pública – não é o caso. Eles também são ‘atores’, com interesses e demandas como qualquer outro ator social envolvido no debate público. Sendo assim, meios de comunicação são parcialmente capazes de representar a opinião pública, porém, como também são agentes interessados, geram uma distinção entre opinião pública e opinião publicada. Em um sistema comercial de mídia, como o brasileiro, jornais que se afastam da opinião majoritária da sociedade tendem a perder espaço no debate público. Portanto, a mídia precisa equilibrar a função de espaço para debate com seus próprios interesses” (CERVI, 2009, p. [S.I]).

em São Luís/MA, no dia 6 de julho de 2015. Além disso, investiga-se a opinião dos internautas, com base nos comentários publicados na área destinada a inserção de opiniões, sobre o fato divulgado como notícia por fontes jornalísticas *online* (mídia social). Ainda, se esse discurso influenciou tais comentários e, conseqüente, quais são os aspectos desse possível “direito penal desejado” em rede.

A seleção da fonte (material de análise) dá-se, principalmente, almejando trabalhar com um jornal *online* influente, e que tenha um público-alvo popular. Assim, a presente análise tem como *locus* o jornal *online* Extra, pertencente ao Grupo Globo, sendo o material jornalístico mais lido entre os internautas de todo o país (TAVARES, 2014). Com 2,7 milhões de leitores semanalmente – o que a classifica como plataforma *online* de jornal mais acessada – é “símbolo do jornalismo popular”, tendo “foco no público classe média, a quem conhece como ninguém” (NASCIMENTO, 2015, p. [S.I]).<sup>23</sup>

Sobre o lapso temporal de análise, foram selecionadas todas as matérias que versavam sobre o caso, ainda que indiretamente, assim como todos os comentários de internautas a elas anexados. Ao todo, vinte matérias foram publicadas pelo Extra/Globo, num período de nove dias (07/07/2015 a 15/07/2015), e 1817 comentários foram gerados.

155

### 3.1 A Descrição do Discurso

A complexidade social contemporânea passa a demandar estudo multidisciplinar.

[...] um empreendimento será interdisciplinar todas as vezes em que ele conseguir incorporar os resultados de várias especialidades, que tomar de empréstimo a outras disciplinas certos instrumentos e técnicas metodológicos, fazendo uso dos esquemas conceituais e das análises que se encontram nos diversos ramos do saber, a fim de fazê-los integrarem e convergirem, depois de terem sido comparados e julgados. Donde poderemos dizer que o papel específico da atividade interdisciplinar consiste, primordialmente, em lançar uma ponte para ligar as fronteiras que haviam sido estabelecidas anteriormente entre as disciplinas (JAPIASSU, 1976, p. 75).

<sup>23</sup> Para grande número de leitores dos jornais de maior circulação nacional, notadamente “Folha de São Paulo”, “O Estado de São Paulo” e “O Globo”, conforme venho observando sistematicamente, geralmente a leitura desse tipo de notícia [crimes violentos] não é alvo de maior interesse, e poucas vezes é priorizada, sendo quase sempre marginalizada. Já os leitores dos jornais considerados “populares”, como “O Dia”, mantêm com as notícias sobre crime, via de regra, uma outra relação, de maior interesse. Essas notícias são priorizadas pelos próprios editores dos jornais: exemplo disso são as capas de “O Dia”, em que, salvo raras exceções, aparecem fotos ou manchetes destacando as reportagens sobre crime (MENDES, 2005, p. 77).



Ademais, de certa forma seguindo as orientações de Salo de Carvalho, que ensina que as tendências atuais da criminologia afastaram o foco central de debate a antigos objetos de análise: “crime, criminoso, reação social, instituições de controle, poder político e econômico” e insere a investigação sobre “a forma da linguagem da criminalização e do controle” (CARVALHO, 2015, p. 77). A análise do discurso é a *maneira* mais apropriada para os fins da proposta de trabalho (*descrição do discurso*). Ainda, muitos pesquisadores reconhecem a necessidade de perfilar as mudanças de processos sociais e culturais como decorrentes de mudanças no uso linguístico (discurso como prática social) (FAIRCLOUGH, 2001, p. 19).

Desse modo, apesar de não ser propriamente um método de pesquisa – posto não haver um método específico de análise de discurso – nada impede que as abordagens por pesquisas de discurso sejam denominadas por *maneiras de fazer a análise* ou a *descrição de discurso* (VAN DIJK, 2010, p. 12).<sup>24</sup>

Desse modo, optamos pela Análise Crítica do Discurso como *técnica de descrição do discurso* – ou *maneira de fazer análise* –, de forma a elucidar o fenômeno do “direito penal desejado”, e em termos gerais, as próprias mudanças sociais (FAIRCLOUGH, 2001).

156

### 3.2 Os Modos de Operação da Ideologia

Para o intuito a que se destina a pesquisa – a busca de aspectos do “direito penal desejado” a partir de comentários de mídias sociais –, optamos trabalhar os modos de operação da ideologia, a partir de Thompson (2002).

Para Thompson (2002, p. 88-89), ideologia se apresenta como “maneiras em que o significado mobilizado pelas formas simbólicas serve para estabelecer e sustentar as relações de dominação”. Como visto, por *formas simbólicas*, Thompson se refere a “uma gama de ações e linguagens, imagens e textos que são produzidos por sujeitos e reconhecidos por eles e por outros como construções significativas” (2002, p. 89).

Segundo o supracitado autor (THOMPSON, 2002, p. 90), de inúmeras maneiras o significado pode servir para manter relações de dominação, e somente se pode responder a

<sup>24</sup> A principal razão é que os ECD [estudos críticos do discurso] *não* são, como frequentemente se presume – especialmente nas ciências sociais –, um *método de análise* do discurso. Não existe esse tipo de método. Os ECD usam qualquer método que seja relevante para os objetivos dos seus projetos de pesquisa e tais métodos são, em grande parte, aqueles utilizados em estudos de discurso em geral (VAN DIJK, 2010, p. 10).

esta pergunta adequadamente se prestar-se atenção, cuidadosamente, à interação de poder e significado nas atuais circunstâncias da vida social. Thompson (2002, p. 91) propõe elucidar modos gerais de operação da ideologia no processo discursivo, assim como indicar formas de como se vincular a estratégias de construção simbólica. Vejamos abaixo:

MODOS GERAIS	ALGUMAS ESTRATÉGIAS TÍPICAS
<p><i>Legitimação</i> Relações de dominação são representadas como legítimas.</p>	<p><i>Racionalização</i>: uma cadeia de raciocínio procura justificar um conjunto de relações. <i>Universalização</i>: interesses específicos são apresentados como interesses gerais. <i>Narrativização</i>: exigências de legitimação inseridas em histórias do passado que legitimam o presente.</p>
<p><i>Dissimulação</i> Relações de dominação são ocultas, negadas ou obscurecidas.</p>	<p><i>Deslocamento</i>: deslocamento contextual de termos e expressões. <i>Eufemização</i>: valorização positiva de instituições, ações ou relações. <i>Tropo</i>: sinédoque, metonímia, metáfora.</p>
<p><i>Unificação</i> Construção simbólica de identidade coletiva.</p>	<p><i>Estandartização</i>: um referencial padrão proposto como fundamento partilhado. <i>Simbolização da unidade</i>: construção de símbolos de unidade e identificação coletiva.</p>
<p><i>Fragmentação</i> Segmentação de indivíduos e grupos que possam representar ameaça ao grupo dominante.</p>	<p><i>Diferenciação</i>: ênfase em características que desunem e impedem a constituição de desafio efetivo. <i>Expurgo do outro</i>: construção simbólica de um inimigo.</p>
<p><i>Reificação</i> Retração de uma situação transitória como permanente e natural.</p>	<p><i>Naturalização</i>: criação social e histórica tratada como acontecimento natural. <i>Eternalização</i>: fenômenos sócio-históricos como permanentes. <i>Nominalização/passivação</i>: concentração da atenção em certos temas em detrimento de outros, com apagamento de atores e ações.</p>

**Tabela 1:** Modos de operação da ideologia em Thompson (2002).

**Fonte:** (COLARES, 2014, p. 130)

Virgínia Colares (2014, p. 130) ensina que, para trabalhar com os modos de operação da ideologia, faz-se necessário observar os movimentos do exercício da linguagem que a “afastam de um sentido mínimo”, como a *ironia*, por exemplo, que disfarça acusações, sendo “uma maneira aparentemente mais leve de dizer algo que não se deve dizer diretamente ou frente a frente”, assim como as *metáforas*, *hipérbole* e o *eufemismo* (2014, p. 130).

## 4 O CASO DO LINCHAMENTO NO MARANHÃO

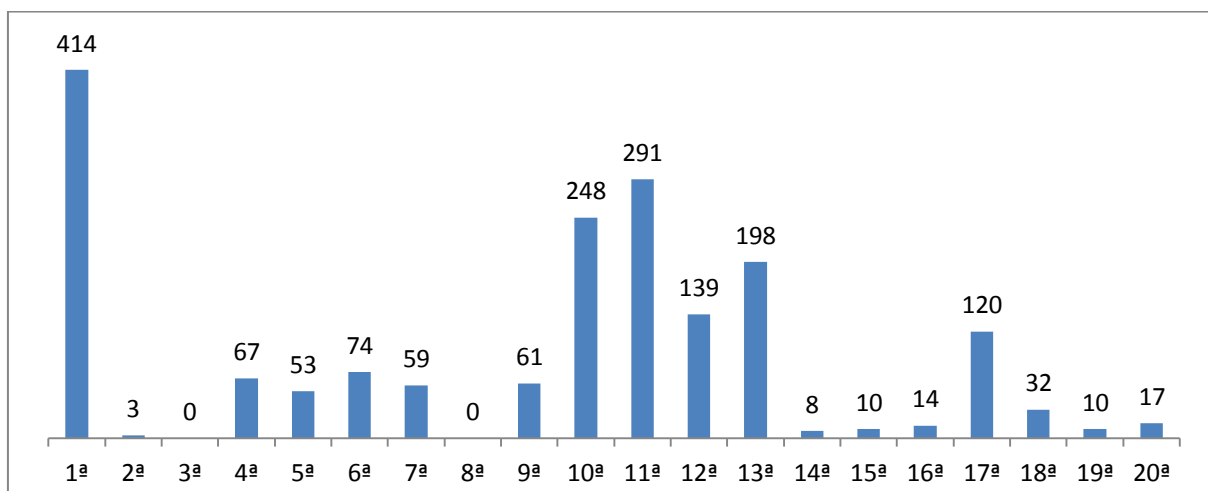
As matérias especificamente analisadas versam sobre o caso de um homem, neste item reconhecido pelas siglas C.P.S., e de um menor não identificado pelo nome, ambos, vítimas de “justiçamento” (linchamento) ocorrido no bairro Jardim São Cristóvão, São Luís, capital do Maranhão.

Segundo noticiado em múltiplas matérias sobre o caso, tratava-se de uma malograda tentativa de assalto (roubo) a um estabelecimento comercial (bar) no qual as vítimas do linchamento invadiram, de posse de um revólver. Ainda, segundo relatos emanados do referido jornal, após a tentativa frustrada, populares amarraram os supostos assaltantes ao poste de iluminação pública e violentamente os agrediram com socos, pontapés, garrafadas, pedradas, pauladas e outros objetos. C.P.S. faleceu no local do linchamento. O menor foi resgatado com vida pela polícia militar local.

158

### 4.1 Matérias e Comentários

Como pode ser verificado no gráfico abaixo (Gráfico 1), há uma sequência cronológica de publicações. Verifica-se também a quantidade de comentários que em cada uma das matérias foi gerada, assim como a significativa disparidade quantitativa de comentários inseridos na plataforma, se comparadas entre si. Vejamos:



**Gráfico 1** – Quantidade de comentários gerados na página do jornal Extra sobre o Caso do linchamento no MA. **Fonte:** Elaborado pelo pesquisador.

Como se observa, há publicações do referido jornal que geraram muitos comentários à matéria (1ª e 11ª), ao passo que, sobre outras, poucos números de comentários foram suscitados (a 2ª e a 14ª, por exemplo). Ainda, há matérias que sequer geraram comentário na plataforma (3ª e 8ª).

As matérias 1, 10, 11 e 13 foram as mais comentadas. A primeira matéria é sucinta e informativa, talvez pelo fato de, até então, não haver muitas informações sobre o acontecimento e sobre os envolvidos. A referida matéria, intitulada por *Assaltante é amarrado em poste e espancado até a morte em São Luís* (BOECHAT, 2015), gerou 413 comentários. A 10ª matéria, intitulada: *‘Como estão colocando a cabeça no travesseiro?’*, pergunta a família de linchado no Maranhão (MARINATTO, 2015), gerou 248 comentários. A 11ª matéria, que se tratava de um vídeo inédito divulgado pelo jornal, intitulada por *Vídeo exclusivo mostra suspeitos de linchamento no Maranhão* (MARINATTO, 2015), obteve 291 comentários. Já a 13ª, *Menor que sobreviveu a linchamento no Maranhão mostra ferimentos e diz que foi reconhecido por vizinho* (MARINATTO, 2015), alcançou a marca de 198 comentários.

Por outro viés, o que se observa dessas matérias é que houve um lapso temporal significativo entre a 1ª (a mais comentada) e as outras que alcançaram expressiva quantidade de comentários. A 10ª, 11ª e 13ª, somente foram publicadas nos dias 10 e 11 de julho (três dias depois da matéria inicial). Assim, a partir de uma análise detalhada, notamos que, quando da divulgação de elementos totalmente novos (como a 1ª notícia, ou da divulgação do vídeo, na 11ª matéria), há uma incidência grande de comentários gerados, a nosso ver, justamente pelo ineditismo.

Contudo, percebe-se que existem fatores possivelmente determinantes no que tange à inserção comentários à matéria, em termos quantitativos, não somente influenciados por fatores pessoais (*dimensão individual da objetividade aparente*) e sociais (*dimensão social da objetividade aparente*, como a abrangência de divulgação de conteúdo inédito em tema controverso ou polêmico etc.) (BARROS FILHO, 2003, p. 90-91). Um fator-chave no que diz respeito à quantidade de comentários gerados é a própria *disponibilização* dada pelo jornal à plataforma. Em alguns casos, este ambiente de interação foi reduzido no tempo, ou até mesmo não disponibilizado.

Nesse sentido, é importante salientar que duas matérias não tiveram a plataforma para comentários disponibilizada (3ª e 8ª), além de a 2ª matéria ter sido encerrada para comentários rapidamente (possuindo somente 3 comentários). No que se refere aos comentários gerados

nesta última matéria, foi possível notar certa insatisfação dos internautas leitores, tendo dois dos três comentários questionado: “Cadê meu comentário?” (EXTRA, 2015, p. [S.I]).<sup>25</sup> Sobre isso, vejamos o que aduz o *Termo de uso da plataforma de comentários* do Extra/Globo:

1.3. Os Comentários feitos por Você serão identificados como de sua autoria, sendo proibido o anonimato. Os Comentários serão publicados pela INFOGLOBO sem qualquer edição ou prévia moderação.

1.4. Cada Produto da INFOGLOBO poderá definir, a seu exclusivo critério, se poderão ser feitos Comentários sobre o conteúdo publicado, bem como o prazo em que a Plataforma ficará aberta para Comentários (EXTRA, 2015, p. [S.I]).

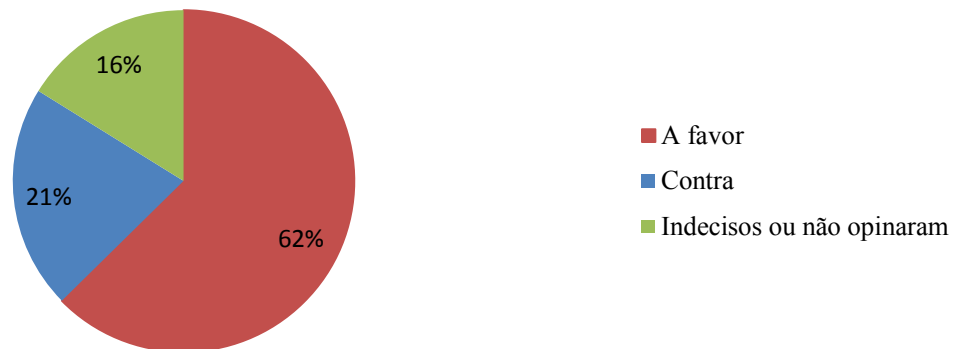
Feitas as ressalvas, vamos à análise qualitativa dos comentários, a fim de desvelar a legitimação ou não do evento pelos leitores, e, por conseguinte, analisar qual seria a punição desejada em casos similares ao relatado nas matérias.

## 4.2 Panorama Geral dos Comentários

No panorama geral, do total de 1817 comentários tecidos nas vinte matérias publicadas pelo Extra/Globo concernente ao acontecimento (linchamento), nota-se que 1126 comentários de algum modo legitimavam o linchamento (parabenizando, expressando satisfação explícita, apoiando e incentivando a prática, ou sendo conivente), enquanto 395 faziam o contrário, criticando o evento, e apenas 296 comentários eram controversos ou não se posicionavam (explicitamente) quanto à legitimação ou não da ação punitiva extraoficial. Nesse sentido, vejamos:

<sup>25</sup> Curiosamente, a matéria de número 3 era justamente a intitulada de *Internautas divergem sobre linchamento de assaltante no Maranhão*, publicada no dia 08/07/2015 (segundo dia de publicações), onde o jornal declara que “Os internautas bateram o martelo: a maioria aprova o linchamento de dois assaltantes na segunda-feira, em São Luís, Maranhão” (EXTRA, 2015, p. [S.I]).

## Comentários sobre o linchamento no MA - Extra/Globo

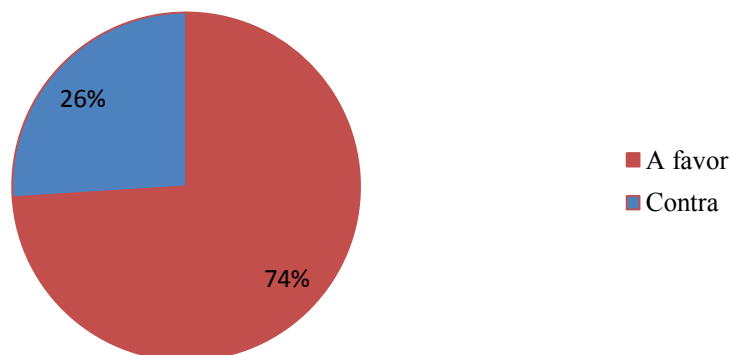


**Figura 1** - Mapeamento geral dos comentários de internautas sobre o caso MA no Extra (Globo), porcentagem.  
**Fonte:** Elaborado pelo pesquisador.

Por outro lado, se levar-se em conta somente os comentários que possuíam opinião expressada sobre o evento (implícita ou explicitamente), o gráfico fica ainda mais expressivo. Vejamos:

161

## Comentários sobre o linchamento no MA - Extra/Globo



**Figura 2** - Mapeamento geral dos comentários de internautas sobre o caso MA no Extra (Globo) em porcentagem, excluídos os indecisos ou que não opinaram.

**Fonte:** Elaborado pelo pesquisador.

Assim, em termos genéricos, é possível concluir que a pesquisa demonstra ser 74% dos internautas favoráveis ao “justiçamento” público, ao passo que somente 26% mostram alguma

resistência ao linchamento, discursivamente.<sup>26</sup> Dado isso, pode-se dizer que *há* um “direito penal desejado” por internautas nas mídias sociais. Porém, até então não nos aproximamos do conteúdo desses comentários. Afinal, quais são os principais aspectos desse “direito penal”?

### 4.3 O “Direito Penal Desejado” nos Comentários

Em termos gerais, a pesquisa vislumbrou um discurso majoritariamente voltado à repressão, ao recrudescimento penal e ao julgamento imediatista, a partir de internautas leitores do jornal online Extra/Globo. O discurso expressado é o de legitimação do “justiçamento” – como o perpetrado por populares às vítimas do caso do linchamento do Maranhão –, concebendo como acertada a aplicação da pena de morte àqueles surpreendidos em conduta considerada criminosa.

Os dados discursivos encontrados na pesquisa indicam que a sensação, na maioria, é a de que o País passa por um inaudito momento de impunidade, insegurança, medo e corrupção, o que justifica a atuação dos julgamentos populares cruéis.

Voltando vistas novamente sobre os discursos expressos (comentários) que legitimavam o julgamento popular (74%), interessante destacar que, se tomados em sua totalidade, novos dados podem ser avultados. Assim, vejamos que, a partir desse novo corte, conclui-se que cerca de 40% desses comentários apresentavam-se na forma do que denominamos por *autoritários*: a) adágios, sentenças arrogantes e cabais sobre determinada solução penal para o caso em comento (ou, virtualmente, em situações semelhantes), como “Bandido bom é bandido morto...” e “Tá com pena, leva pra casa...” (BOECHAT, 2015, p. [S.I]); b) aplausos, incentivos, lamentos por não ter-se podido participar do “justiçamento”, como “BOAAAA, tem que passar FOOGO, cadeia esta sendo Faculdade de bandido, qdo sai de lá, sai PIOR, então é FOOOOGO nesses micróbios. PARABÉNS ao Povo Maranhense!” [sic] e “Que

<sup>26</sup> Inegavelmente colaborando para corroborar a fiabilidade dos dados até então obtidos na presente pesquisa, interessante parâmetro (tendo em vista a porcentagem de comentários *prós* e *contra*) pode ser visualizado em duas outras pesquisas, ambas feitas durante o mesmo período em que foi realizado o presente levantamento da opinião de internautas. Nesse sentido, o jornal *O Estado* promoveu uma pesquisa de opinião entre internautas, lançando a seguinte pergunta: “Você é contra ou a favor da população ‘fazer justiça’ com as próprias mãos?”. Foram levantadas as respostas emitidas de quarta-feira (8 de julho) até segunda-feira (13 de julho). 73,25% eram favoráveis ao linchamento, contra 26,75% não favoráveis (ENQUETE..., 2015, p. [S.I]). Igualmente, o próprio jornal Extra promoveu o levantamento da opinião dos internautas utentes de uma de suas próprias mídias sociais (Facebook) no dia 8 de julho de 2015 (um dia após a publicação da primeira matéria sobre o citado linchamento). O jornal percebeu – coincidentemente, também a partir de 1817 comentários –, que 71% dos internautas apoiavam o fatídico evento (“justiçamento”) (REDAÇÃO, 2015).

pena... pena eu não ter dado nenhum chute!!!” (BOECHAT, 2015, p. [S.I]); e, por fim, *c*) chacotas, sarcasmo e ironia, como “AHHHHHH SE A MODA PEGA!!! ESTOU MORRENDO DE PENA! KKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKKK” [sic] (BOECHAT, 2015, p. [S.I]).

De certa forma, tal verificação corrobora com estudos de Theodor Adorno (2016), assim como nos remete ao que José Leon Crochik (2008) disse sobre essa mesma *personalidade autoritária*<sup>27</sup>:

Além de propenso ao autoritarismo, o homem contemporâneo é dotado de frieza, quase não é mais capaz de identificação, de amar o outro, de ter experiências. Essas características são atribuídas pelo autor também à fragilidade da formação do eu, devida, por sua vez, quer à organização racional da sociedade que pode prescindir do pensamento individual, quer à ameaça existente de ser deixado de lado, caso não se siga o que todos seguem (CROCHIK, 2008, p. 303).

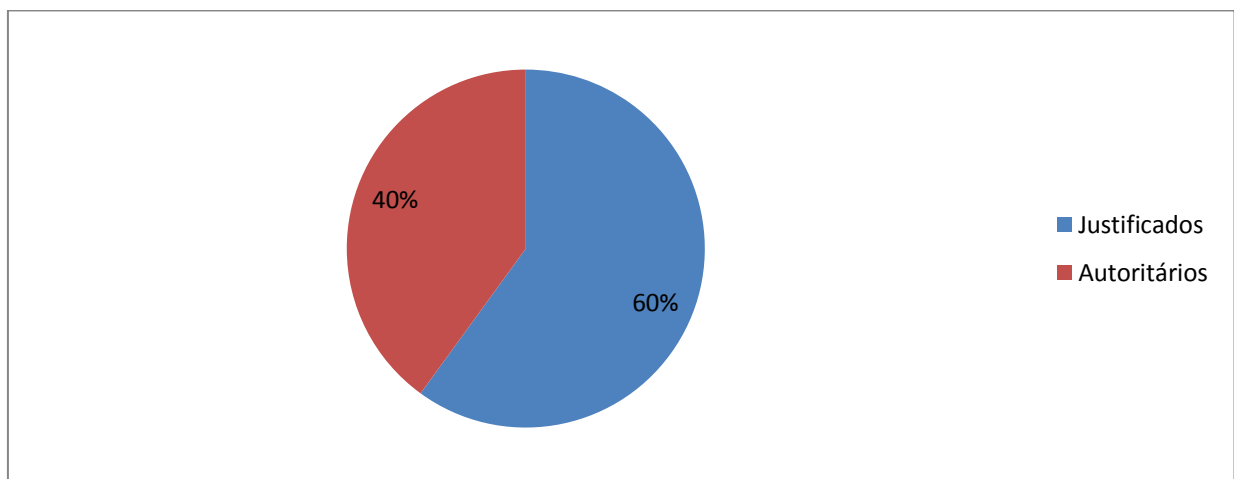
Os outros 60% eram majoritariamente *justificações aparentes* (como também convencionalmente denominamos), cujas opiniões se arrimavam nas mais diversas alegações: *a*) a *justificação* de que o “justiçamento” é legitimado pela suposta *impunidade* do sistema penal brasileiro (judiciário, leis etc.), tido como inoperante, como pode ser visto no comentário: “Estas situações lamentáveis vão para a conta do judiciário brasileiro e das polícias que não cumprem o seu papel. A população não acredita mais em justiça e acaba fazendo justiça com as próprias mãos” [sic] (BOECHAT, 2015, p. [S.I]); *b*) *justificado* pela suposta *crescente delinquência criminal*, rotineiramente vista em ascensão, como “Já estamos fartos de tanta bandidagem. Temos que fazer algo para mostrar que não somos e não estamos incapazes” [sic] (BOECHAT, 2015, p. [S.I]); por fim, *c*) *justificado* por causa da *corrupção* do Governo Federal e do Congresso Nacional, como “O povo não linchou sozinho, com toda certeza, tinha mãos de políticos também, que só pensam em si mesmo e não fazem leis eficientes para acabar de vez com a impunidade desse país. Acordem antes que seja tarde demais, o povo não aguenta mais” [sic] (BOECHAT, 2015, p. [S.I]).

Ainda sobre as *justificações aparentes*, foi possível detectar que a *legitimação por racionalização* (cadeia de raciocínios que busca justificar um conjunto de relações) (THOMPSON, 2002, p. 91) é o mais relevante modo de operador ideológico presente nos comentários. Na maioria das vezes, empreendida em forma de *ressalvas (negação aparente)*

<sup>27</sup> Para Theodor Adorno, o *autoritário* é “orgulhoso de ser um individualista e sempre temeroso de não ser igual aos outros, ciumento de sua independência e inclinado a se submeter cegamente ao poder e à autoridade” (ADORNO, 2016, p. [S.I]).



(van DIJK, 2010, p. 142), como “Não quero incentivar, mas infelizmente... (impunidade, delinquência, corrupção)”; “Até dá pena, mas... (impunidade, delinquência, corrupção)” etc. Os outros operadores ideológicos em destaque são a *legitimação pela narrativização* (histórias do passado, experiências, legitimam o presente) (THOMPSON, 2002, p. 91), como “Só quem foi assaltado sabe...”, “Se você fosse assaltado...”; “Só quem não teve uma arma apontada sabe...” etc. e a *legitimação pela universalização* (interesses específicos são apresentados como gerais) (THOMPSON, apud COLARES, 2014, p. 130), como forma de corroborar a atuação dos justiceiros, incentivando a generalização de tal prática (geralmente sob forma de *inversão* – “não eles, nós é que somos as vítimas”) (TOMAZI; ROCHA, 2013, p. 146-147).



**Figura 3** - Mapeamento geral dos comentários, em *justificados aparentemente* ou *autoritários*, a partir de internautas sobre o caso MA no Extra (Globo), em porcentagem.

**Fonte:** Elaborado pelo pesquisador.

#### 4.4 Relação entre Matérias e Comentários

Já sob outra perspectiva, como demonstrado, houve ainda uma grande disparidade entre o percentual de comentários que legitimavam e o dos que condenavam o linchamento, no decorrer das matérias. A diferença se mostrou tão visível a ponto de algumas possuírem 65% de comentários pró-linchamento e 35% contrários (como a 1ª, por exemplo), e outras (como a 14ª e a 15ª, por exemplo) possuírem apenas comentários pró-linchamento (100%). Esse fenômeno (efeito), a partir da análise discursiva crítica proposta, pode denotar diferentes modos de redação do material jornalístico (causa).

Nesse sentido, sobre a relação entre notícias veiculadas e comentários tecidos à matéria, algumas observações também são interessantes. Nota-se, por exemplo, que entre as matérias que incidiram menor quantidade de comentários punitivistas em sua plataforma (1<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, 5<sup>a</sup>, 7<sup>a</sup>, 9<sup>a</sup> e 11<sup>a</sup>), predominava a escrita bastante sintética do jornalista (*objetividade aparente*), cujas matérias apresentavam *prevalentemente* cunho informativo. Por outro viés, entre as matérias que se mostravam com maior quantidade de comentários que exigiam o recrudescimento penal e legitimavam o linchamento (12<sup>a</sup>, 13<sup>a</sup>, 14<sup>a</sup>, 15<sup>a</sup>, 16<sup>a</sup>, 17<sup>a</sup>, 18<sup>a</sup>, 20<sup>a</sup>), prevaleciam as de cunho opinativo, havendo a marcante presença de informações deveras acessórias e até mesmo extravagantes à matéria.<sup>28</sup>

Houve uma significativa *desconstrução* da personalidade dos envolvidos (seja do menor ou de C.P.S.), paradoxalmente após serem *vitimizados* (matérias de número 12, 13, 16 e 17), no que Van Dijk (2010, p. 252-253) denominou de *polarização discursiva* (jogadas discursivas de inclusão e exclusão). A vitimização excessiva (matérias de número 14, 15, 18 e 20) da mesma maneira contribuiu para a legitimação “justiçamento” nos comentários da notícia. Nesse sentido, vejamos:

A voz fina, o bigode ainda ralo e o corpo franzino, com cerca de 1,60m, aparentam menos do que os 17 anos. No lado esquerdo do rosto, no braço direito e nas costas, os vários hematomas e machucados, que persistem quatro dias após as agressões, contrastam com o ar infantil. Vítima da mesma sessão de espancamento que matou [C.P.S.], de 29 anos, o adolescente negou ontem, em novo depoimento prestado na Delegacia de Homicídios do Maranhão, que tenha saído de casa com a intenção de roubar (MARINATTO, 2015, p. [S.I]).

[...] A família do adolescente de 17 anos que sobreviveu a sessão de espancamento ocorrida na última segunda-feira, no bairro Jardim São Cristóvão, em São Luís, capital do Maranhão, afirmou, neste domingo, que vem recebendo ameaças. A mãe do menor, inclusive, pensa em tirá-lo de casa, contando, para isso, com a ajuda de amigos (MARINATTO, 2015, p. [S.I]).

Em vários tópicos há vitimização, a partir de expressões como *voz fina*, *bigode ralo*, *corpo franzino*, *vítima* de sessão de espancamento, *ar infantil*, *vem sofrendo* ameaças. Por outro lado, paradoxalmente, há a polarização forçada:

<sup>28</sup> Apesar de a *objetividade* plena ser impossível/indesejável (BARROS FILHO, 2003, p. 33-34), a divisão feita abaixo entre matéria *informativa* e *opinativa* se dá pelo fato de que algumas publicações são direcionadas ao fato (predominantemente *informativas*) – pretensiosamente despidas “de valorações, adjetivações ou da opinião pessoal do jornalista” (frisa-se, em *aparente objetividade*) (BARROS FILHO, 2003, p. 69), ao contrário das *opinativas* (que possuem latente exposição de opinião do redator/editor do jornal).

**EXTRA: Seu filho já teve algum envolvimento com o crime?**

**MÃE:** Soube que andou vendendo droga para um pessoal daqui, como “aviãozinho”, e uma vez vieram dizer que tinha furtado um celular. Mas arma, por exemplo, eu tenho certeza de que ele nunca teve.

**EXTRA: Como foi a infância dele?**

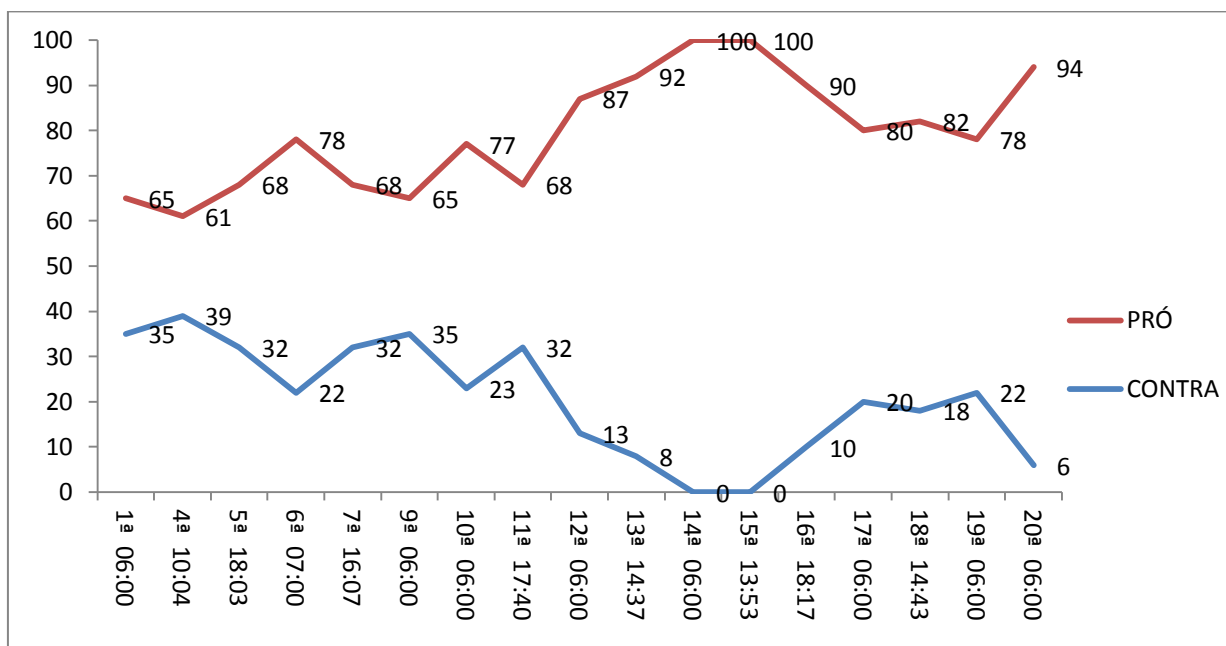
**MÃE:** Jogava bola e brincava na rua como qualquer um. Ele parou de estudar no ano passado, na quinta série, mas sempre foi bom menino. Estava até trabalhando numa oficina, mas saiu há umas três semanas.

**EXTRA: E a relação com o pai, como é?**

**MÃE:** Meu marido bebe bastante, e às vezes fica violento. Já bateu nas crianças e em mim, o próprio (diz o nome do filho) já entrou no meio pra me defender. Na última quarta-feira, quando viu nosso menino em casa, ele quis expulsá-lo à força por causa dessa história toda, botar pra fora mesmo. Eu que não deixei (MARINATTO, 2015, p. [S.I]).

No coevo episódio, o adolescente é estigmatizado, ainda que resplandecido isso no discurso da própria mãe. Há uma narrativa da vida pregressa do menor, por meio de operadores argumentativos que evidenciam sua “má-personalidade” a partir de paradoxos: soube que era “aviãozinho” e que foi acusado de roubar um celular, *mas arma nunca* teve; parou de estudar na quinta série, *mas sempre* foi um bom menino; já foi expulso de casa, *mas o próprio* menor já defendeu a mãe contra o pai alcoólatra (MARINATTO, 2015, p. [S.I]).

Nesse sentido, seguem algumas transcrições retiradas da plataforma de comentários da mesma matéria *Menor que sobreviveu a linchamento no Maranhão mostra ferimentos e diz que foi reconhecido por vizinho* (MARINATTO, 2015, p. [S.I]): “É VERDADDE, O RAPAZINHO SAIU DE CASA PRA BRINCAR DE PIQUE MAS FOI DESVIRTUADO, NUNCA FEZ NADA ERRADO. P/O/R/R/R/R/A LEIA O QUE A PROPRIA MÃE FALA DO B/O/S/S/S/T/A” [sic]; “E ficam jogando a responsabilidade toda para o Estado. Um professor não pode falar alto com um jovem hoje, que os pais ficam do lado dele, brigam com o professor e tiram sua autoridade. Depois choram pq os filhos se desviam” [sic]; “TÃO DE SACANAGEM, AGORA É UM SANTO. VAGABUNDO, 17 ANOS SEM QUERER ESTUDAR OU TRABALHAR. DA UMA BOLSA FAMILIA PRA ELE” [sic].



**Gráfico 2** – Variação em percentual sobre comentários que legitimavam (pró) ou não legitimavam (contra) o linchamento no MA, a partir dos comentários analisados das matérias do Extra/Globo, ainda, desconsiderando os comentários neutros/dúbios.

**Fonte:** Elaborado pelo pesquisador.

A partir de tais dados, por amostragem, é possível asseverar que a mídia influencia a quantidade e o teor dos comentários tecidos à matéria quando o discurso extrapola a mera informação jornalística – como nos casos em que o *suposto* criminoso é apresentado reiteradamente em passivação, e principalmente, quando há, cumulativamente à vitimização, sua estigmatização, por meio da apresentação de seu histórico na criminalidade ou por outras condutas socialmente censuradas (*evasão escolar, rebeldia etc.*).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo tratou de analisar qual é o “direito penal desejado” por internautas no Brasil, a partir de comentários gerados após a divulgação de matérias publicadas nos portais Extra (Globo) sobre um linchamento ocorrido em 6 de julho de 2015, em São Luís/MA. Ainda, o problema de pesquisa destacou a necessidade de investigar se esses comentários sofreram influência das matérias de jornal. Nestes termos, o estudo possibilitou algumas considerações.

Dessa feita, em resposta à primeira parte do problema de pesquisa, asseveramos que há um “direito penal desejado” expresso em comentários de mídias sociais, o qual se apresenta preponderantemente voltado ao por endurecimento das punições (mormente, de punições ao

corpo) – no presente caso trazido à baila, a um posicionamento favorável ao “justiçamento” e execuções sumárias. Como pôde ser visto, uma suposta tentativa de assalto a um estabelecimento comercial foi suficiente para justificar e consolidar morte e agressões violentas às vítimas.

A segunda parte do problema de pesquisa, que trata da influência da mídia sobre a opinião pública, merece uma ponderação à parte. Notou-se que a forma pela qual o jornal apresentou o caso influenciou diretamente no conteúdo dos comentários, de modo que, quando a mídia social se apresentava em maior grau de objetividade aparente (matéria preponderantemente informativa), foram gerados comentários com maior grau de paridade entre os dissonantes (*comentários pró-linchamento* e *contrários ao linchamento*). Por outro lado, quando o jornal passou a inserir matérias de cunho opinativo, e indo em direção a questões aparentemente sem relação direta ao linchamento (perfil social e escolar das vítimas, por exemplo), tais matérias atraíram comentários explicitamente mais “punitivistas”.

Assim, foi possível comprovar que, em muitas notícias, houve o direcionamento à estigmatização de C.P.S. e/ou do adolescente, ante a divulgação de fatos dispensáveis à conduta desses. Nesse sentido, torna-se inquestionável o papel do jornal Extra/Globo enquanto veículo formador da opinião pública, em relação ao “direito penal desejado” por internautas, nas mídias sociais.

Portanto, a mídia mostrou-se um campo importante e fértil aos estudos direcionados ao direito penal no Brasil. Restou evidenciada a necessidade de se ponderar o discurso punitivo e sanguinário, que é cada vez mais crescente no Brasil, principalmente no que concerne aos ensejos parlamentares de dar voz à *opinião pública em rede*, no processo de tessitura da novel legislação penal.

A abertura à colaboração popular no processo de elaboração do Novo Código Penal, por meio de mídias sociais e demais plataformas similares que se regem pela fugacidade mediada (ao invés de convenções sociais onde se debata amplamente sobre o tema) – como vem sendo feito por legisladores —, a nosso ver, põe em xeque a apreciação dessa “opinião pública” como apanágio verdadeiramente democrático e de contribuição para a própria sociedade.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, T. W. *Introdução à 'A personalidade autoritária'*. Disponível em: <<http://adorno.planetaclix.pt/tadorno24.htm>>. Acesso em: 30 mar. 2016.

ALCÂNTARA, D. CNI/Ibope: 46% da população é a favor da pena de morte. *Notícias Terra*, online. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/policia/cniiboep-46-da-populacao-e-a-favor-da-pena-de-morte,0d88a6bfceflb310VgnCLD200000bbceeb0aRCRD.html>>. Acesso em: 26 fev. 2016.

AMPARO, V. Brasil é o país que mais faz linchamentos; Rio amarga vice-campeonato nacional. *O Dia*, Rio de Janeiro, 26 jul. 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/rio-de-janeiro/2015-07-26/brasil-e-pais-que-mais-faz-linchamentos-rio-amarga-vice-campeonato-nacional.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

ANÍBAL, F. 90% apoiam redução da idade penal: Pesquisa nacional revela ainda que, para 64% dos brasileiros, punição mais rígida a adolescentes ajudaria a reduzir a violência. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 14 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/90-apoiam-reducao-da-idade-penal-c8e24o0vlosyway5n00aryvi>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

ARAÚJO, T. Pressão nas redes que fez deputados mudarem opinião sobre idade penal constitui novo cenário político no País. *Huffpost Brasil*, São Paulo, 12 jul. 2015. Disponível em: <[http://www.brasilpost.com.br/2015/07/12/redes-sociais-politica-brasil\\_n\\_7773618.html](http://www.brasilpost.com.br/2015/07/12/redes-sociais-politica-brasil_n_7773618.html)>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BARROCAL, A. Se cadeia resolvesse, o Brasil seria exemplar. *Carta Capital*, São Paulo, 3 mar. 2015. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/revista/838/se-cadeia-resolvesse-4312.html>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

BARROS FILHO, C. de. *Ética na comunicação*. 4. ed. São Paulo: Summus, 2003.

BATISTA, N. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos - crime, direito e sociedade*, nº 12. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2º semestre de 2002, p. 253-270.

BAUMAN, Z. *Vida Líquida*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BAUMAN, Z. *Modernidade Líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BOECHAT, B. Assaltante é amarrado em poste e espancado até a morte por pedestres em São Luís. *Extra*, Rio de Janeiro, 7 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/assaltante-amarrado-em-poste-espancado-ate-morte-por-pedestres-em-sao-luis-16686215.html#ixzz3jDJQw0ak>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Polícia identifica dois suspeitos de participação no linchamento em São Luís. *Extra*, Rio de Janeiro, 8 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/policia-identifica-dois-suspeitos-de-participacao-no-linchamento-em-sao-luis-16699223.html#ixzz3jDKzAwFD>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

BRASIL. Senado Federal. Emenda ao Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (NOVO CÓDIGO PENAL). Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=117224&tp=1>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012 (NOVO CÓDIGO PENAL). Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

BRASIL. Senado Federal. *Violência no Brasil*. Brasília, 2007. Disponível em: <<https://www.senado.gov.br/senado/datasenado/pdf/Pesquisa%20Viol%C3%Aancia%20no%20Brasil%20-%20comunicado%20%C3%A0%20imprensa.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

BURKE, P. *O que é História Cultural?* Tradução de Sergio Goes de Paula. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

CARDOSO, G. *Da Comunicação em Massa à Comunicação em Rede: Modelos Comunicacionais e a Sociedade de Informação*. Disponível em: <[www.portalcomunicacao.com](http://www.portalcomunicacao.com)>. Acesso em: 22 jul. 2015.

CARVALHO, S. *Antimanual de Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTELLS, M. *La Galaxia Internet*. Barcelona: Areté, 2001.

CERVI, E. U. A opinião pública e a publicada. *O Globo*, Rio de Janeiro, 11 ago. 2009. Disponível em: <<http://observatoriodaimprensa.com.br/feitos-desfeitas/a-opinioao-publica-e-a-publicada/>>. Acesso em: 02 maio 2016.

CHAGAS, M. Novo Código Penal ganha destaque nas redes sociais. *Exame*, Brasília, 30 jun. 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/novo-codigo-penal-ganha-destaque-nas-redes-sociais>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

CHEVALLIER, J. *O Estado Pós-moderno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

CHOMSKY, N. *Mídia*. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

COLARES, V. Análise Crítica do Discurso Jurídico (ACDJ): o caso Genelva e a (im)procedência da mudança de nome. *ReVEL*, v. 12, n.23, 2014. Disponível em: <[www.revel.inf.br](http://www.revel.inf.br)>. Acesso em 09 jan. 2016.

CRESWELL, J. W. *Investigação qualitativa e projeto de pesquisa*. Tradução de Sandra Mallmann da Rosa. 3. ed. Porto Alegre: Penso, 2014.

CROCHIK, J. L. T.W. Adorno e a psicologia social. *Psicologia e Sociedade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 297-305, 2008.

DIAS, W. Número de prisões indevidas no Rio passa de 50%. *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 29 set. 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-09/numero-prisoas-indevidas-rio-passa-50>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

DI REZENDE, M. Impunidade e corrupção. *O Popular*, Goiânia, 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.opopular.com.br/editorias/opinioao/da-reda%C3%A7%C3%A3o-1.146393/impunidade-e-corrup%C3%A7%C3%A3o-1.895020>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ENQUETE: 73% das pessoas são a favor de “fazer justiça” com as próprias mãos. *O Estado*, São Luís, 13 jul. 2015. Disponível em: <<http://imirante.com/oestadoma/noticias/2015/07/13/73-das-pessoas-sao-a-favor-de-fazer-justica-com-as-proprias-maos.shtml>>. acesso em: 23 abr. 2016.



EXTRA. Internautas divergem sobre linchamento de assaltante no Maranhão. *Extra*, Rio de Janeiro, 8 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/internautas-divergem-sobre-linchamento-de-assaltante-no-maranhao-16702348.html#ixzz3jDKOznby>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

EXTRA. Caso de linchamento no Maranhão é o décimo noticiado no estado em 18 meses. *Extra*, Rio de Janeiro, 7 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/caso-de-linchamento-no-maranhao-o-decimo-noticiado-no-estado-em-18-meses-16691433.html#ixzz3jDJw8EAB>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

EXTRA. Adolescente que estava com homem linchado no Maranhão se fingiu de morto para sobreviver. *Extra*, Rio de Janeiro, 08 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/adolescente-que-estava-com-homem-linchado-no-maranhao-se-fingiu-de-morto-para-sobreviver-16705651.html#ixzz3jDLUOaD4>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

FAIRCLOUGH, N. *Discurso e Mudança Social*. Tradução de Izabel Magalhães. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

172

FARIAS, T. 43% da população apoia PM que mata bandido. *Blog do Tomi Farias*, Rio de Janeiro, 25 nov. 2012. Disponível em: <<http://tomifarias-politica.blogspot.com.br/2012/11/43-da-populacao-apoia-pm-que-mata.html>>. acesso em: 21 abr. 2016.

FREITAS, H.; OLIVEIRA, M.; SACCOL, A. Z., MOSCAROLA, J. O método de pesquisa *survey*. *Revista de Administração*, v. 35, n. 3, p. 105-112, jul./set., 2000. Disponível em: <<http://rausp.usp.br/wp-content/uploads/files/3503105.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

GARCIA, M. *Das Redes para as Ruas*. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br/blogs/bussola/2013/06/das-redes-para-as-ruas>>. Acesso em: 31 jul. 2015.

GENELHÚ, Ricardo. *Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GIDDENS, A. *Modernidade e Identidade*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2002.

JAPIASSU, H. *Interdisciplinaridade e Patologia do Saber*. Rio de Janeiro: Imago, 1976.

JINKINGS, D. Sociedade quer rigor no combate ao crime, aponta pesquisa da CNI. *Agência Brasil*, Brasília, 19 out. 2011. Disponível em: <<http://memoria.etc.com.br/agenciabrasil/noticia/2011-10-19/sociedade-quer-rigor-no-combate-ao-crime-aponta-pesquisa-da-cni>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

KARAM, M. L. *Recuperar o Desejo da Liberdade e Conter o Poder Punitivo*. Escritos sobre a liberdade, v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LEITE, A. Ciência em tempos de reforma penal: a hora e a vez da ciência jurídico-penal brasileira. *Empório do Direito*, Florianópolis, 22 fev. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/ciencia-em-tempos-de-reforma-penal-a-hora-e-a-vez-da-ciencia-juridico-penal-brasileira/>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

MADEIRO, C. População comemora e faz cortejo após PM matar dois suspeitos de assalto no MA. *Uol Notícias*, Maceió, 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://noticias.bol.uol.com.br/ultimas-noticias/brasil/2016/01/19/populacao-comemora-e-faz-cortejo-apos-pm-matar-suspeitos-de-assalto-no-ma.htm>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

MARINATTO, L. Após linchamento no Maranhão, dono de bar fechará as portas em definitivo. *Extra*, Rio de Janeiro, 14 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/apos-linchamento-no-maranhao-dono-de-bar-fechara-as-portas-em-definitivo-16754426.html#ixzz3jDRVfCYd>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Após linchamento no Maranhão, filha de dono do bar assaltado diz: ‘Desfecho foi bom para todos’. *Extra*, Rio de Janeiro, 9 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/apos-linchamento-no-maranhao-filha-de-dono-do-bar-assaltado-diz-desfecho-foi-bom-para-todos-16717285.html#ixzz3jD MW7Yff>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. ‘Como estão colocando a cabeça no travesseiro?’, pergunta família de linchado no Maranhão. *Extra*, Rio de Janeiro, 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/como-estao-colocando-cabeca-no-travesseiro-pergunta-familia-de-linchado-no-maranhao-16721935.html#ixzz3jDNvgv8 3n>>. Acesso em: 15 ago. 2014.

\_\_\_\_\_. Homem morto após linchamento no Maranhão não tinha passagens pela polícia. *Extra*, Rio de Janeiro, 10 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/homem-morto-apos-linchamento-no-maranhao-nao-tinha-passagens-pela-policia-16721967.html#ixzz3jDNGS17F>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Linchamento de jovem divide opinião de moradores do Maranhão. *Extra*, Rio de Janeiro, 12 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policialinchamento-de-jovem-divide-opiniao-de-moradores-do-maranhao-16739125.html#ixzz3jDPnXpfl>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Madrasta de linchado no Maranhão desmaia durante homenagem em cemitério. *Extra*, Rio de Janeiro, 12 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policiamadrasta-de-linchado-no-maranhao-desmaia-durante-homenagem-em-cemiterio-saber-que-se-foi-assim-o-pior-16741837.html#ixzz3jDQXNvQi>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Madrasta de rapaz linchado no Maranhão teve filho assassinado há sete anos. *Extra*, Rio de Janeiro, 13 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policiamadrasta-de-rapaz-linchado-no-maranhao-teve-filho-assassinado-ha-sete-anos-16743598.html#ixzz3jDRCr6mP>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Menor que acompanhava homem linchado no Maranhão afirma que não saiu de casa para assaltar. *Extra*, Rio de Janeiro, 11 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policiamenor-que-acompanhava-homem-linchado-no-maranhao-afirma-que-nao-saiu-de-casa-para-assaltar-16733907.html#ixzz3jDP6Y100>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Menor que sobreviveu a linchamento fará reconhecimento de suspeitos na próxima sexta-feira. *Extra*, Rio de Janeiro, 15 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policiamenor-que-sobreviveu-linchamento-fara-reconhecimento-de-suspeitos-na-proxima-sexta-feira-16766218.html#ixzz3jDRsZLxr>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Menor que sobreviveu a linchamento no Maranhão mostra ferimentos e diz que foi reconhecido por vizinho. *Extra*, Rio de Janeiro, 11 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policiamenor-que-sobreviveu-linchamento-no-maranhao-mostra-ferimentos-diz-que-foi-reconhecido-por-vizinho-16736632.html#ixzz3jDPTg1KB>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Polícia deve fazer reprodução simulada de morte por linchamento no Maranhão. *Extra*, Rio de Janeiro, 9 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policiapolicia-deve-fazer-reproducao-simulada-de-morte-por-linchamento-no-maranhao-16719198.html#ixzz3jDMupjhH>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Polícia do Maranhão vai apurar ameaças a menor que escapou de linchamento. *Extra*, Rio de Janeiro 12 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/policia-do-maranhao-vai-apurar-ameacas-menor-que-escapou-de-linchamento-16740678.html#ixzz3jDQ74hY3>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Rapaz linchado no Maranhão não seria pai. *Extra*, Rio de Janeiro, 13 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/rapaz-linchado-no-maranhao-nao-seria-pai-foi-um-mal-entendido-diz-jovem-gravida-16747946.html#ixzz3jDQsAa1A>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Vídeo exclusivo mostra suspeitos de linchamento no Maranhão. *Extra*, Rio de Janeiro, 11 jul. 2015. Disponível em: <<http://extra.globo.com/casos-de-policia/video-exclusivo-mostra-suspeitos-de-linchamento-no-maranhao-rv1-1-16729443.html#ixzz3jDOQnYjq>>. Acesso em: 15 ago. 2015.

MELLO, B. População defende policial que matou dupla de assaltantes. *A Gazeta*, Rio Branco, 9 out. 2015. Disponível em: <<http://agazetadoacre.com/noticias/populacao-defende-policial-que-matou-dupla-de-assaltantes/>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

175

MENDES, I. S. M. Um caso de polícia: as reportagens policiais em dois jornais impressos brasileiros, abordadas à luz da Análise Crítica do Discurso. In: SILVA, D. E. G. (Org). *Nas Instâncias do Discurso*. Brasília: Editora Universidade de Brasília: Oficina Editorial do Instituto de Letras, 2005. p. 77-86.

MENEZES, N. Grupos anti-Dilma fazem maior protesto da história, de acordo com PM e Datafolha. *IG*, São Paulo, 13 de mar. 2016. Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/politica/2016-03-13/grupos-anti-dilma-fazem-maior-protesto-da-historia-de-acordo-com-pm-e-datafolha.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

METADE dos brasileiros aceita tortura de acusados. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 6 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/metade-brasileiros-concorda-tortura-criminosos-pesquisa>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

MONCLAIRE, S. *A Constituição Desejada*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1991. 1 v.

NASCIMENTO, M. *Jornal mais lido do País, Extra comemora 15 anos de história*. Segs, 27 maio 2013. Disponível em: <<http://www.segs.com.br/segs/arquivados/119101--jornal-mais-lido-do-pais-extra-comemora-15-anos-de-historia.html>>. Acesso em: 18 de ago. 2015.

PAGNAN, R.; TUROLLO JR, R. Em 5 anos, polícia brasileira matou em média 6 pessoas por dia, diz estudo. *Uol*, São Paulo, 10 nov. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/11/1545847-em-5-anos-policia-brasileira-matou-em-media-6-pessoas-por-dia-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

PARA 76% da população, a lei penal não é severa no país. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 10 nov. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-nov-10/76-populacao-lei-penal-nao-severa-pesquisa-gv>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

PELUSO diz que Judiciário “não pode ouvir passivamente” as críticas da opinião pública. *Gazeta do Povo*, Brasília, 31 mar. 2011. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/peluso-diz-que-judiciario-nao-pode-ouvir-passivamente-as-criticas-da-opinio-publica-ew4rylfz5mpltnqok6k9d7dxq>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

PEREIRA, H.; TELES, G. Condenado em segunda instância pode ir para a prisão, decide STF: Com a decisão do Supremo Tribunal Federal, acabou a farrá de entrar com recurso na Justiça para não ir para a cadeia. *Jornal da Globo*, Brasília, 17 fev. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2016/02/condenado-em-segunda-instancia-tem-que-ir-para-prisao-decide-stf.html>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

REDAÇÃO. Em capa histórica, jornal estampa atraso do Brasil. *Carta Capital*, São Paulo, 8 jul. 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/midiatico/em-capa-historica-jornal-estampa-o-atraso-do-brasil-2887.html>>. Acesso em: 15 jan. 2016.

RIBEIRO, M. Tortura é problema crônico em cadeias do Brasil, diz Human Rights Watch. *O Globo*, Rio de Janeiro, 21 jan. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/tortura-problema-cronico-em-cadeias-do-brasil-diz-human-rights-watch-11355668>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

ROSA, E. Em média, há um linchamento ou tentativa de linchamento por dia no Brasil. *Zero Hora*, Porto Alegre, 27 jul. 2015. Disponível em: <<http://diariogaucha.clicrbs.com.br/rs/policia/noticia/2015/07/em-media-ha-um-linchamento-ou-tentativa-de-linchamento-por-dia-no-brasil-4811304.html>>. Acesso em: 28 jul. 2015.

SANTOS, J. C. dos. *Os discursos sobre crime e criminalidade*. Disponível em: <<http://icpc.org.br/wp->

content/uploads/2012/05/os\_discursos\_sobre\_crime\_e\_criminalidade.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2016.

SCIREA, B. Para especialistas, apoio à morte de bandidos é reflexo de medo e intolerância. *Zero Hora*, Porto Alegre, 5 out. 2015. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/10/para-especialistas-apoio-a-morte-de-bandidos-e-reflexo-de-medo-e-intolerancia-4863180.html>>. Acesso em: 20 abr. 2016.

SILVA, R. B.; MENDES, J. P. S.; ALVES, R. S. L. O conceito de líquido em Zygmunt Bauman: contemporaneidade e produção de subjetividade. *Athenea Digital*, v. 15, n. 2, p. 249-264, 2015. Disponível em: <<http://atheneadigital.net/article/view/v15-n2-silva>>. Acesso em: 04 abril 2016.

SOHSTEN, N. F. V. *Populismo penal no Brasil: o verdadeiro inimigo social que atua diretamente sobre o direito penal*. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13214&revista\\_caderno=3#\\_ftn34](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13214&revista_caderno=3#_ftn34)>. Acesso em: 25 fev. 2016.

TAFFARELLO, R. F. *Algo Podre no Guardião da Constituição*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/02/1742882-algo-de-podre-no-guardiao-da-constituicao.shtml>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

TAVARES, A. Os 10 jornais mais lidos na Internet, segundo o IVC. *GGN*, São Paulo, 23 mar. 2014. Disponível em: <<http://jornalgggn.com.br/fora-pauta/os-10-jornais-mais-lidos-na-internet-segundo-o-ivc>>. Acesso em: 18 ago. 2015.

TELLES, A. *Definição de Rede Social e Mídia Social*. Disponível em: <<http://www.midiatismo.com.br/definicao-de-rede-social-e-midia-social>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

\_\_\_\_\_. *Ideología y cultura moderna: teoría crítica social en la era de la comunicación de masas*. Trad. Gilda Fantinati Caviedes, 2. ed. Universidad Autónoma Metropolitana: Xochimilco-Mex: Casa Abierta al Tiempo, 2002.

TOMAZ JR, R. *Para frear sanha punitiva, Wadih Damous apresenta projeto para Lei de Responsabilidade Político-Criminal*. Disponível em: <<http://www.ptnacamara.org.br/index.php/component/k2/item/26103-para-frear-sanha-punitiva-wadih-damous-apresenta-projeto-para-lei-de-responsabilidade-politico-criminal>>. Acesso em: 25 fev. 2016.



TOMAZI, M. M.; ROCHA, J. Análise crítica do discurso de pronunciamentos da polícia militar durante manifestações populares. In: SILVA, D. E. G. (org.) *Cadernos de Linguagem e Sociedade*, v. 14, n. 2, jul-set. 2013. Brasília: Thesaurus Editora, 2013. p. 137-159.

VAN DIJK, T. A. *Discurso e Poder*. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2010.

VASCONCELLOS, M. *País corre risco de aprovar pior Código Penal da história, criticam especialistas*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-13/senado-analisa-pior-codigo-penal-historia-dizem-especialistas>>. Acesso em: 25 fev. 2016.

VIEIRA, S. Pesquisa da USP mostra que cresce apoio da população à violência policial. *Radio Senado*, Brasília, 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/radio/1/noticia/pesquisa-da-usp-mostra-que-cresce-apoio-da-populacao-a-violencia-policia>>. Acesso em: 21 abr. 2016.

ZAFFARONI, R. E.; BATISTA, N.; SLOKAR, A.; ALAGIA, A. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v.1. p. 1-10.

ZAFFARONI, R. E.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Submissão: 13/09/2015

Aceito para Publicação: 20/07/2016





## A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS ORIUNDOS DE DESASTRES NATURAIS NO ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

### *THE CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES DUE TO NATURAL DISASTERS IN THE SOCIAL- ENVIRONMENTAL STATE OF LAW*

Carlos Eduardo Silva e Souza\*

Victor Lucas Alvim\*\*

**RESUMO:** O presente artigo dedica-se ao estudo dos desastres naturais e especialmente os males que são por eles produzidos. Geralmente associados às causas excludentes de responsabilidade, considerar a responsabilidade civil por danos decorrentes de desastres naturais parece algo desafiador. Sob esse aspecto, a possibilidade de reparação dos danos catastróficos é cogitada no cenário de um Estado Socioambiental de Direito proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil. Nessa linha, o presente artigo foi desenvolvido em três partes. A primeira foi dedicada ao estudo da relação entre os desastres e o Direito. A segunda é focada na análise dos deveres de proteção ambiental inerentes a um Estado Socioambiental de Direito. A terceira e última parte foi dedicada a averiguar a possibilidade de imputação da responsabilidade civil por danos catastróficos ao Estado Socioambiental do Direito. Com o objetivo em referência, a pesquisa foi primordialmente bibliográfica e documental, e o seu procedimento foi concentrado nos métodos qualitativo e dedutivo de análise de dados. Os resultados e conclusões sugeridos pelo presente trabalho apontam na direção da responsabilização civil do Estado por danos catastróficos, devido ao descumprimento dos deveres diante da gestão dos riscos e perigos catastróficos, bem como diante dos patamares mínimos para a concretização da vida humana em níveis dignos e também devido à faceta socioambiental assumida pelo Brasil no Texto Constitucional de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** Desastres Naturais. Danos. Responsabilidade Civil. Estado Socioambiental de Direito.

**ABSTRACT:** This article is dedicated to the study of natural disasters and specially the harms produced by them. Generally associated to exemptions for legal responsibility, considering the civil liability for damages due to natural disasters seems something challenging. Under this aspect, the possibility of repairing catastrophic damages is cogitated in the scenario of a Social-Environmental State of Law proposed by the Constitution of the Federative Republic of Brazil. In this approach, the present article was developed in three parts. The first one was dedicated to the study of the relation between the disasters and the Law. The second is focused on the analysis of the environmental protection duties inherent in a "Social-Environmental State of Law". The third and last part was dedicated to ascertain the possibility of imputation of the civil liability for catastrophic damages to the Social-Environmental State of Law. Aiming this target, the research was mainly bibliographic and documentary, and its procedure was concentrated on the qualitative and deductive methods of data analysis. The results and conclusions suggested by this article point at the direction of the State's civil liability for catastrophic damages due to the noncompliance of its duties before the management of catastrophic risks and hazards, as well as before the minimum standards for the materialization of the human life in worthy levels and also due to the Social-Environmental aspect assumed by Brazil in its Constitutional Text of 1988.

**KEYWORDS:** Natural Disasters. Damages. Civil Liability. Social-Environmental State of Law.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Considerações Iniciais sobre a Relação entre os Desastres e o Direito. 2 O Estado Socioambiental de Direito e os Deveres de Proteção Ambiental. 3 A Responsabilidade Civil "do" Estado Socioambiental de Direito em Decorrência dos Desastres Naturais. 3.1. A Responsabilidade Civil no Contexto de Dano Catastrófico. 3.2 Flexibilização no Direito Material. 3.3. Flexibilização no Direito Processual. Considerações Finais. Referências.

\* Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Professor adjunto da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT).

\*\* Acadêmico de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (UFMT). Pesquisador bolsista de Iniciação Científica da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (UFMT) e do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ).

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho dedica-se ao estudo dos danos ocasionados pelos desastres naturais e especialmente se estes podem ser objeto de responsabilização civil, considerando o cenário de um Estado Socioambiental de Direito, que se encontra proposto pela Constituição da República Federativa do Brasil.

O tema é desafiador, pois, em regra, está sempre associado com causas excludentes de responsabilidade civil, razão pela qual cogitar a possibilidade de sua reparação perpassa pela superação de uma série de conceitos e ideias já firmados sobre o assunto.

A inquietação, que norteou o presente trabalho, é saber se é possível ou não responsabilizar o Estado por danos oriundos de desastres naturais, especialmente porque, como se disse, a temática em questão geralmente está associada às causas excludentes de responsabilidade.

Como hipótese, surge a possibilidade de se reparar (ou não) os danos oriundos de desastres naturais, em razão dos deveres de proteção ambiental, que restam sob a incumbência do Estado Socioambiental de Direito prescrito no bojo do Texto Constitucional de 1988, bem como diante da postura que dele se espera em razão do ciclo de gestão de riscos e perigos catastróficos a que se encontra incumbido e também por se colocar na condição de “guardião e amigo” dos direitos fundamentais.

Com esse propósito, o trabalho é proposto em três partes. A primeira delas é dedicada à investigação da relação existente os desastres e o direito, de forma a se evidenciar como o fenômeno interfere na ciência jurídica e também o inverso.

No momento seguinte, a pesquisa é dedicada à análise do Estado Socioambiental de Direito e como os deveres de proteção ambiental restam configurados com esse cenário.

Posteriormente, o trabalho dedicar-se-á a apreciar a possibilidade de se imputar a responsabilidade civil “do” Estado Socioambiental do Direito quando são constatados danos decorrentes dos desastres naturais.

A investigação aqui apresentada norteou-se, sobretudo, pela pesquisa bibliográfica (adotando-se, como marco teórico, as obras de Ingo Wolfgang Sarlet, Tiago Fensterseifer, Daniel Farber, Delton Winter de Carvalho e Fernanda Dalla Libera Damacena) e documental, tendo ainda se servido do método de abordagem qualitativo e dedutivo de análise de dados.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS DESASTRES E O DIREITO

As catástrofes, sejam naturais ou antropogênicas, sempre intrigaram e povoaram o imaginário das civilizações humanas ao longo da História, sendo vistas, em um primeiro momento, como *acts of God*. Uma das mais antigas e lembradas é, sem dúvidas, o dilúvio bíblico, acima citado, no qual a vida só foi salva graças à arca de Noé. Posteriormente, a título histórico, pode-se citar aquele que é considerado o primeiro desastre com eco à escala mundial, o grande terremoto de Lisboa de 1755, que destruiu a capital portuguesa. Em um passado mais recente, o furacão Katrina em 2005, e o terremoto e o maremoto que atingiram a usina de Fukushima em 2011, ambos provocando vultosos prejuízos e ceifando milhares de vidas (ANTUNES, 2013, p. 123).

Malgrado as diversas definições, sugere-se que:

(...) os fenômenos catastróficos sejam compreendidos como acontecimentos, que superando o limite da lesão individualizada, atingem direitos, interesses e bens de um número considerável de pessoas ou de uma coletividade (SOUZA, 2014, p. 34).

Como é cediço, esses eventos trazem consigo consequências fáticas, as quais, por sua vez, são relevantes para o direito, ou seja, produzem efeitos jurídicos, criando, modificando e extinguindo direitos e obrigações. Com isto, quer-se dizer que os desastres são fatos jurídicos, isto é, acontecimentos que, “de forma direta ou indireta, acarretam efeito jurídico” (VENOSA, 2016, p. 326).

O corolário mais evidente desses eventos extremos é o dano, que repercute nas esferas da propriedade privada, da responsabilidade civil, dos contratos, entre outras. Neste caso, trata-se especificamente de uma espécie de dano ambiental, qual seja, o denominado dano catastrófico, o qual traz consigo lesões patrimoniais e extrapatrimoniais e, assim como os demais de seu gênero, tem ampla dispersão de vítimas; encontra dificuldade inerente à ação reparatória; encontra dificuldades na valoração e na imposição da forma de reparação (MILARÉ, 2015, p. 432).

Neste cenário, o ordenamento jurídico tem um papel central na prevenção, na resposta e na gestão dos riscos e perigos de catástrofes, haja vista as lesões advindas desses acontecimentos serem quase sempre causadas ou, pelo menos, agravadas pela falta de

controle adequado e antecipado dos riscos pelo direito fundiário e pelo direito ambiental (FARBER, 2012, p. 3).

Em virtude disso, o Direito tem a “função de fornecer estabilidade pela normatividade, tanto para evitar como para responder ao caos trazido pelo desastre, provendo expectativas (regulação) às ações de antecipação e resposta a estes” (CARVALHO, 2013, p. 397). Ou seja, o sistema jurídico deve enfrentar o fenômeno catastrófico em uma perspectiva *ex ante* e *ex post* ao evento.

Nesse contexto, é interessante observar que, em se tratando de um fenômeno (eco)complexo, para o enfrentamento de seus riscos e perigos, bem como para o fornecimento de uma resposta adequada, será imprescindível a atuação integrada das diversas áreas da ciência, entre as quais, a geologia, a climatologia, a meteorologia, a engenharia, entre outras. Outrossim, na própria ciência jurídica, não se terá apenas o auxílio do Direito Ambiental, mas também do Direito Urbanístico, do Direito Administrativo, do Direito Civil, mormente no que tange aos contratos (máxime de seguros) e à responsabilidade civil (objeto deste artigo) e até mesmo do Direito Penal. Aliás, um caso marcante foi processado em um Tribunal italiano, no qual os cientistas da Comissão “*Grandi Rischi*” foram condenados a seis anos de prisão por terem sido considerados responsáveis pela morte e ferimentos de pessoas no terremoto ocorrido em L'Aquila, em 6 de abril de 2009 (ALMEIDA; OLIVEIRA, 2014, p. 6-9).

Dessa forma, verifica-se que há uma multidisciplinaridade e interdisciplinaridade, respectivamente, dando ensejo ao que alguns consideram como um ramo autônomo, o Direito dos Desastres (FARBER, 2012, p. 3).

Para esses juristas, a principal característica do Direito das Catástrofes estaria no conceito de gestão de riscos, que estaria presente em todas as fases do chamado “Ciclo do Direito dos Desastres”, o qual, por sua vez, encerra em si os seguintes estágios, que se relacionam uns com os outros: mitigação, ocorrência do evento catastrófico, resposta de emergência, compensação e, por fim, a reconstrução. Com efeito, o gerenciamento dos perigos de maneira integrada e adequada, envolvendo todas as fases de forma circular, serviria para a prevenção e o planejamento de eventos posteriores, de modo que haveria, nesta situação, a aplicação do aprendizado do passado no presente, obtendo-se reflexos no futuro (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 33).

Posto isso, percebe-se que o Direito, através da criação e aplicação de normas, tem um papel importante a ser desempenhado no fenômeno catastrófico, desde sua prevenção e

planejamento até sua resposta e compensação, principalmente no Brasil, onde, de acordo com o Atlas Brasileiro de Desastres Naturais, durante os anos de 1991 a 2012, as catástrofes foram registradas 38.996 vezes, sendo que 8.740 aconteceram apenas nos anos 2010 a 2012 (ATLAS BRASILEIRO DE DESASTRES NATURAIS, 2013, p. 35).

Entre os mais frequentes desastres naturais registrados estão aqueles relacionados às mudanças climáticas, os denominados fenômenos meteorológicos extremos, que são consequências da degradação ambiental, ou seja, da ação humana no meio ambiente, podendo-se mencionar, principalmente: estiagem (seca), enxurrada, inundação, granizo, geada, vendaval, tornado, incêndio, movimento de massa e erosão.

Vale observar que o Painel Intergovernamental sobre Mudança do Clima (IPCC), em relatório de 2007, concluiu que o aquecimento global é culpa da atividade humana (BBC BRASIL, 2007).

No entanto, não se pode dizer que as mudanças climáticas devam ser entendidas como uma catástrofe de *per se*, mas sim como um risco catastrófico ou climático (ANTUNES, 2013, p. 135), que é o risco de sofrimento dos impactos lesivos desses eventos meteorológicos extremos e que, com esses, tem uma relação de agravamento, conforme já foi comprovado cientificamente (INTERGOVERNMENTAL PAINEL ON CLIMATE CHANGE, 2012). Contudo, nesse cenário, há outros dois fatores, os chamados transversais intrínsecos (CARVALHO; DAMACENA, 2012, p. 55-62), que influenciam de forma decisiva na intensificação do risco, quais sejam, a vulnerabilidade e a exposição (INTERGOVERNMENTAL PAINEL ON CLIMATE CHANGE, 2012).

Deveras, percebe-se que esses dois fatores estão diretamente relacionados com o desenvolvimento e o quadro de desigualdades sociais, de maneira que os indivíduos altamente vulneráveis e expostos aos efeitos imediatos dos desastres naturais provocados pelas mudanças climáticas são, amiúde, aqueles mais pobres, que geralmente têm condições de vida precárias e não possuem acesso aos direitos sociais básicos, como moradia adequada e segura, saúde, educação, entre outros. Nesse sentido, o fato dessas pessoas estarem sujeitas a esses efeitos “irá agravar ainda mais a vulnerabilidade das suas condições existenciais, submetendo-as a um quadro de ainda maior indignidade” (FENSTERSEIFER, 2010, p. 81).

Verifica-se aí, então, uma questão de (in)justiça ambiental, de tal sorte que, sendo o aquecimento global um risco catastrófico e agravado pela ação humana, enquanto aqueles que mais contribuem para isso, os agentes poluidores, privatizam os lucros, os riscos ambientais e

sociais são socializados à custa de todos, fazendo com que os mais afetados por tal degradação ambiental sejam aqueles cidadãos que possuem precárias condições de vida e restrito acesso aos serviços públicos. Isso significa que, independentemente de haverem contribuído ou não de forma significativa para a intensificação das mudanças climáticas, tais indivíduos serão os mais atingidos por seus efeitos, restando comprometida a dignidade e a qualidade de vida, muitas vezes, perdendo o pouco que têm, visto que são aqueles mais vulneráveis e expostos ao risco catastrófico (FENSTERSEIFER, 2010, p. 83).

Nesse diapasão, considerando o teor do artigo 225, *caput*, da Constituição Federal (CF), tem-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um bem “comum”, isto é, ele traz consigo uma dimensão democrática e redistributiva, portanto, nessa linha, “a justiça ambiental, de tal sorte, implica acesso igualitário aos recursos naturais e à qualidade ambiental” (FENSTERSEIFER, 2010, p. 84). Em virtude disso, é imprescindível que haja, por parte dos agentes públicos e privados, a opção por um desenvolvimento sustentável, que depende, necessariamente, do enfrentamento das desigualdades sociais (FENSTERSEIFER, 2010, p. 85).

Diante dessas considerações iniciais, é imprescindível verificar como o Estado Socioambiental de Direito Brasileiro trata essa temática.

## 2 O ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO E OS DEVERES DE PROTEÇÃO AMBIENTAL

A Constituição Federal de 1988, ao conceber a República Federativa do Brasil como Estado Democrático de Direito, consagrou a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) como fundamento deste, reconhecendo “categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário” (SARLET, 2015, p. 87). Nesse contexto, tradicionalmente, sempre se visualizou uma dimensão dúplice deste princípio, sendo a dignidade humana, ao mesmo tempo, limite e tarefa do ente estatal, os quais corresponderiam, respectivamente, aos direitos fundamentais de primeira e de segunda geração, ou seja, aos direitos civis e políticos e aos direitos sociais (SARLET, 2015, p. 22-50).

Contudo, com o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental (art. 225 da CF) de terceira geração, também denominado direito de fraternidade ou de solidariedade (SARLET, 2015, p. 42-63), passou-se a visualizar uma

dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana, que consistiria no desfrute de bem-estar ambiental, isto é, no gozo de uma vida saudável e com qualidade (e segurança) ambiental em patamares mínimos para a concretização da vida humana em níveis dignos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 69-102).

Com efeito, pode-se dizer que o Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição Federal de 1988 constitui um Estado Socioambiental de Direito (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 107-116), tendo em vista que, num mesmo projeto político-jurídico, agrega às conquistas do Estado Liberal e do Estado Social um novo objetivo, que é a proteção do meio ambiente e da qualidade de vida, visando o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 105). Isso quer dizer que esse modelo de Estado “leva o meio ambiente como um critério de aferição para tomar suas decisões” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 478).

Nesse escopo, é interessante observar que a proteção ambiental encerra em si uma dupla funcionalidade (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 276), já que além de ser um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade, é também objetivo e tarefa estatal, que deverão ser realizados através de fiscalização e adoção de políticas públicas ambientais.

Em virtude disso, considerando a tamanha importância dessa temática, a Constituição Federal consagrou a competência executiva ambiental, em seu artigo 23, incisos III, VI e VII, como sendo concorrente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, o que serve como fundamento para a solidariedade entre os entes estatais no que diz respeito à matéria de proteção ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 192-195).

Sendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de direito, também um dever fundamental, é interessante observar, no texto constitucional (art. 225, §1º), que ele é tutelado por um extenso rol exemplificativo de deveres gerais de proteção ambiental, os quais vinculam a atividade dos Poderes estatais a ponto de limitar sua discricionariedade e retiram do Estado a sua capacidade de decidir sobre a oportunidade de agir (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 279). Diante disso, não há margens para o Estado Socioambiental de Direito omitir-se ou atuar de maneira insuficiente na tutela ambiental, de forma que, agindo dessa forma, incorreria o ente estatal em prática inconstitucional (FENSTERSEIFER, 2010, p. 91).

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o desenvolvimento do Estado de direito democrático e ambiental compartilha a necessidade de se pensar na responsabilidade de longa

duração, na solidariedade entre gerações e no risco ambiental proporcional, de tal forma a inspirar comandos de reflexões e ações que tenham reflexos socioambientais (CANOTILHO, 2010, p. 26-31).

Desse modo, num cenário de mudanças climáticas que resultam em risco catastrófico, há por parte do Estado uma *obrigação originária*, isto é, um dever jurídico previsto na Constituição Federal no sentido de fiscalizar, impedir e evitar a ocorrência do dano ambiental, haja vista os princípios do *neminem laedere*, da prevenção e da precaução, os quais também decorrem do rol dos deveres de proteção ambiental (FENSTERSEIFER, 2010, p. 95).

Nessa linha, sendo o dano catastrófico uma espécie de dano ambiental, o Estado Socioambiental de Direito, ao tratar dessa temática, observando os deveres de proteção ambiental, deve então atuar de maneira preventiva, a fim de evitar ou mitigar as consequências nocivas dos desastres naturais. Por isso, o ente estatal deve agir levando sempre em consideração cada fase do “Ciclo do Direito dos Desastres”, ou seja, ele deve gerir adequadamente os riscos ambientais catastróficos.

Destarte, em um primeiro momento, tendo em vista a mitigação do dano, o ente estatal deverá dividir sua atuação em planejamento, execução e informação (DAMACENA; CARVALHO, 2012, p. 483). Os dois primeiros envolvem planos de prevenção, contingência, resposta de emergência e redução de vulnerabilidades, devendo ser executados pela defesa civil. Além disso, será preciso, dentre tantas outras medidas necessárias:

(...) investimento em sistemas de alerta e monitoramento, identificação e mapeamento das áreas de risco, fiscalização e proteção de áreas verdes e vulneráveis, replanejamento das cidades a partir dos aprendizados impostos por desastres anteriores (resiliência), definição e execução eficiente de políticas públicas de habitação aptas a mitigar as causas mais comuns das catástrofes etc (DAMACENA; CARVALHO, 2012, p. 483).

Outrossim, deverão ser adotadas medidas visando fornecer informação de natureza ambiental para os cidadãos, tendo em vista que o acesso limitado (total ou parcial) deste tipo de conhecimento “acaba por comprimir a sua autonomia e liberdade de escolha, impedindo que evitem determinados riscos ambientais” (FENSTERSEIFER, 2010, p. 86-87), como, por exemplo, habitar em áreas de encostas de morro, áreas de riscos, etc.

Logo, nessa perspectiva, cabe ao Estado Socioambiental de Direito investir na redução da relação entre desastre, exposição e vulnerabilidade.



Por tais motivos, a legislação infraconstitucional tratou de dispor sobre a proteção jurídica adequada em relação aos desastres. No rol dos diplomas normativos que tratam desse tema, pode-se mencionar a Política Nacional de Defesa Civil de 2007, o Decreto 7.257/2010, a Lei 12.340/2010, a Lei 12.608/2012, entre outros. Contudo, atentando aos limites deste artigo, somente se mencionarão as principais obrigações e competências impostas pela última lei aos entes estatais.

É interessante observar que a Lei 12.608/2012, que institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; e dá outras providências, diferentemente de suas antecessoras, que eram centradas em promover resposta e reconstrução em casos de desastres, enfatiza a prevenção (CARVALHO; DAMACENA, p. 410), atentando aos deveres constitucionais de proteção ambiental. É o que se depreende da leitura do artigo 2º, e seus parágrafos, do indigitado diploma legislativo, cuja redação é a seguinte:

Art. 2º. É dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios *adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre*.

§ 1º. As medidas previstas no caput poderão ser adotadas com a colaboração de entidades públicas ou privadas e da sociedade em geral.

§ 2º. A incerteza quanto ao risco de desastre não constituirá óbice para a adoção das *medidas preventivas e mitigadoras da situação de risco*". (BRASIL, 2012)

Nesse ponto, vale dizer que a precaução é duplamente qualificada pelo legislador, sendo que, primeiramente, é colocada como dever da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, das entidades públicas, privadas e da sociedade em geral. Já em um segundo momento, a precaução:

(...) suplanta as alegações e justificativas de má ação ou omissão em função da dificuldade concreta (científica) de definição quanto à magnitude/probabilidade de um evento potencialmente desastroso. Significa dizer que a incerteza quanto ao risco de desastre não é razão para a não ação. Pelo contrário, pois muitos casos de desastres apresentam baixa probabilidade e alta magnitude de impacto (DAMACENA; CARVALHO, 2013, p. 488).

Observando o indigitado princípio, dentre as principais competências atribuídas aos entes federativos, pode-se destacar, a título exemplificativo: a obrigatoriedade da União, dos Estados e do Distrito Federal em instituir plano de proteção e defesa civil; de todos os entes identificarem e mapearem as áreas de risco em seus territórios; de realizarem estudos de

identificação de ameaças, suscetibilidades e vulnerabilidades; da União instituir e manter sistema de informações e monitoramento de desastres, etc (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 90-92).

Quanto aos Municípios, entes de menor capacidade econômica, se comparado aos demais, observa-se que estes foram incumbidos de uma grande gama de atribuições indispensáveis para impedir o evento extremo, como, por exemplo: promover a fiscalização das áreas de risco de desastre e vedar novas ocupações nessas áreas; vistoriar edificações e áreas de risco e promover, quando for o caso, a intervenção preventiva e a evacuação da população das áreas de alto risco e das edificações vulneráveis; manter a população informada sobre áreas de risco e ocorrência de eventos extremos, bem como sobre protocolos de prevenção e alerta e sobre as ações emergenciais em circunstâncias de desastres; prover solução de moradia temporária às famílias atingidas por desastres, entre outras.

Como resta evidente, em linhas gerais, no que diz respeito à Lei 12.608/2012, pode-se dizer que “seu ponto alto é a assimilação do que se pode denominar ‘círculo de gestão de risco’” (DAMACENA; CARVALHO, 2013, p. 489). Vale dizer: este diploma legislativo procurou atender a cada fase do “Ciclo do Direito dos Desastres”, observando os deveres de proteção ambiental ditados pelo Estado Socioambiental de Direito.

No entanto, malgrado todas as positivas inovações introduzidas pela indigitada lei no que diz respeito à prevenção dos desastres, verifica-se que o ordenamento jurídico brasileiro ainda está se adaptando a essas novas questões que advêm do fenômeno catastrófico (FARBER, 2012, p. 3), haja vista que, compreendendo o “ciclo” as fases da mitigação, da ocorrência do evento catastrófico, da resposta de emergência, da compensação e da reconstrução; constata-se que o sistema legal pátrio é silente no que diz respeito à compensação.

Dessa forma, em que pese o silêncio legislativo nesse ponto, aqueles que são atingidos pelos desastres e são vítimas do dano catastrófico não podem suportar sozinhos as consequências. Nesse sentido, para que os deveres de proteção ambiental preconizados pelo Estado Socioambiental de Direito sejam efetivamente observados, é imprescindível que a gestão de riscos seja feita de maneira completa, devendo a fase da compensação também ser cumprida.

É interessante observar que há quem defenda, como Nilton Carlos de Almeida Coutinho (2014, p. 77), o indivíduo tem um “direito fundamental de proteção contra desastres”, que

seria corolário da dignidade da pessoa humana e estaria inserido no mesmo regime dos demais direitos fundamentais.

Embora seja preferível se evitar o dano, uma vez tendo se concretizado, é preciso que ocorra a reparação, e esta, por sua vez, deve ser feita através do instituto da responsabilidade civil, que é fundamentada, em caso dos desastres, pelas regras gerais previstas na Constituição Federal, no Código Civil e na própria Lei 12.608/2012.

### 3 A RESPONSABILIDADE CIVIL “DO” ESTADO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO EM DECORRÊNCIA DOS DESASTRES NATURAIS

Antes de se perscrutar mais detidamente a responsabilidade civil “do” Estado Socioambiental de Direito no que diz respeito à ocorrência de desastres naturais, é necessário se fazer um breve exame do instituto da responsabilidade civil, que servirá de pressuposto para melhor compreensão da temática.

Precipuamente, deve-se ter mente que a responsabilidade civil consiste em um dever jurídico de reparação, em decorrência de uma lesão causada ou da violação de uma obrigação de evitar o dano, tendo como fulcro previsão legal ou contratual, sendo que, em alguns casos, deve-se comprovar o elemento subjetivo, culpa ou dolo, consoante se infere dos artigos 186 e 927 do Código Civil. Sob esse contexto, Cavalieri Filho (2000, p. 20):

Embora não seja comum nos autores, é importante distinguir a obrigação da responsabilidade. Obrigação é sempre um dever jurídico originário; responsabilidade é um dever jurídico sucessivo, conseqüente à violação do primeiro. Se alguém se compromete a prestar serviços profissionais a outrem, assume uma obrigação, um dever jurídico originário. Se não cumprir a obrigação (deixar de prestar os serviços), violará o dever jurídico originário, surgindo daí a responsabilidade, o dever de compor o prejuízo causado pelo não cumprimento da obrigação. Em síntese, em toda obrigação há um dever jurídico originário, enquanto na responsabilidade há um dever jurídico sucessivo. E, sendo a responsabilidade uma espécie de sombra da obrigação (a imagem é de Larenz), sempre que quisermos saber quem é o responsável teremos de observar a quem a lei imputou a obrigação ou dever originário.

Diante disso, uma vez posta a natureza jurídica do instituto, qual seja, *um dever jurídico*, mister se faz mencionar, ainda que sucintamente, as principais modalidades da responsabilidade civil, haja vista ser indispensável para o entendimento da reparação dos danos catastróficos.

Quanto ao fundamento que dá supedâneo ao dever jurídico sucessivo, classifica-se em responsabilidade *contratual*, que seria aquela decorrente do inadimplemento da obrigação prevista no contrato, e *extracontratual*, aquela advinda da violação direta de uma norma legal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 72).

No que diz respeito à exigência da comprovação do elemento accidental, ou seja, a verificação da existência ou não de culpa na conduta do sujeito, a classificação se dá entre responsabilidade civil *subjéctiva* e *objectiva*. No primeiro caso, a responsabilidade se lastreia na ideia de culpa, sendo que a prova desta passa a ser requisito essencial, ou seja, o causador do dano só é responsabilizado se agiu com dolo ou culpa. Por outro lado, na objetiva, fundada na teoria do risco, a reparação prescinde de culpa, exigindo apenas o dano, a conduta do agente e o nexo de causalidade. Como regra geral, fixada nos artigos 186 e 927 do Código Civil, tem-se que a responsabilidade será sempre subjéctiva, salvo previsão legal em sentido contrário (GONÇALVES, 2016, p. 48-51).

Por fim, mas não menos importante, divide-se a responsabilidade civil em *individual* e *compartilhada*, conforme seja a reparação suportada por um ou mais sujeitos, respectivamente. Ainda, na última espécie, há a subdivisão entre responsabilidade *subsidiária* e *solidária*, sendo que, no primeiro caso, a indenização é primeiramente suportada por um sujeito e, em caso de inadimplemento, os demais responsáveis são chamados a responder. Já no caso de responsabilidade solidária, esta é exigida, igualmente, entre todos aqueles passíveis de reparar o dano.

Outrossim, para a configuração da responsabilidade civil, alguns requisitos são indispensáveis. São eles: dano, nexo de causalidade e conduta. De forma accidental, exige-se o elemento subjéctivo, culpa ou dolo. Além disso, não se deve fazer presente nenhuma “excludente” de responsabilidade, quais sejam: legítima defesa, estado de necessidade, exercício regular do direito, estrito cumprimento do dever legal, força maior, caso fortuito e culpa exclusiva da vítima.

Por exceder os limites e objetivos desse artigo, esses conceitos elementares serão tratados de forma sucinta neste momento, passando para a análise aplicada ao dano catastrófico nos tópicos seguintes.

O *dano* corresponde a uma “lesão de interesses juridicamente protegidos”, que abrange “qualquer diminuição ou alteração de bem destinado à satisfação de um interesse” (LEITE;

AYALA, 2015, p. 98). Nesse sentido, o dano pode ser *patrimonial*, quando bens materiais são atingidos, ou *extrapatrimonial* (moral), quando interesses de outra natureza são lesionados.

Por sua vez, a *conduta* humana pode ser comissiva ou omissiva, correspondente, respectivamente a *ação* ou *omissão*. Quanto ao *nexo de causalidade*, este é o liame que atesta a relação efetiva entre o dano provocado à vítima e a conduta lesiva. Já o elemento accidental, culpa ou dolo, é verificado quando o sujeito causador do dano agiu com negligência, imprudência, imperícia ou com a intenção de provocar a lesão.

Quanto às causas “excludentes” de responsabilidade, interessa aqui, haja vista a temática catastrófica, analisar apenas o caso fortuito e a força maior. A despeito da controvérsia em torno dos conceitos, entende-se caso fortuito como sendo aqueles eventos imprevisíveis segundo o parâmetro do homem-médio, ao passo que a força maior teria como nota distintiva a sua inevitabilidade, mesmo sendo a sua causa conhecida (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2013, p. 163).

Contudo, a observação do caso concreto pode levar a entendimentos diferentes. Na verdade, as circunstâncias denominadas “excludentes” é que produzem e concretizam o dano constatado, ou seja, *não há rompimento do nexo causal*, considerando que é aquilo que se chama de “força maior” e de “caso fortuito” que realmente provoca a lesão. Nessa linha, a visão do intérprete deve ser direcionada para as circunstâncias que, de fato, produziram o dano (SOUZA, 2014, p. 245-253).

Posto isso, antes de se passar ao estudo do dano catastrófico, faz-se imprescindível analisar, ainda que de forma breve, como se dá a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

Observando o disposto no artigo 37, §6º, da Constituição da República Federativa do Brasil e o artigo 43 do Código Civil, consagra-se que o ente estatal tem a obrigação de reparar ou compensar os danos materiais e imateriais causados a terceiros por ação ou omissão desproporcional e antijurídica dos agentes públicos, nessa qualidade (FREITAS, 2010, p. 66). Do ponto de vista teórico:

(...) a ideia de responsabilidade civil do Estado deve ser apreendida como uma das expressões do próprio Estado de Direito, que, de acordo com uma de suas definições, é aquele no qual não se identificam soberanos, sendo, portanto, todos responsáveis (MENDES; BRANCO, 2016, p. 833).

Nesse raciocínio, a Administração Pública responde tanto pela ação quanto pela omissão, sendo que, diante dos dispositivos normativos supramencionados, no Direito pátrio, verifica-se a prevalência da responsabilidade objetiva (MENDES; BRANCO, 2016, p. 833). Nesse cenário, duas teorias devem ser levadas em consideração, a do risco administrativo e a do risco integral. A primeira perquire somente a relação entre a conduta e o dano causado, admitindo, quando possível, as circunstâncias que “excluem” o elo causal, enquanto a segunda, por sua vez, despreza qualquer “excludente” de responsabilidade, devendo o ente público assumir todo o risco de lesão advindo de sua atuação (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016, p. 254).

Com efeito, malgrado a consagração da responsabilidade objetiva do Estado, no que diz respeito às condutas omissivas dos agentes administrativos, a jurisprudência (a exemplo do julgamento realizado nos Recursos Extraordinários de número 369.820 e 409.203 pelo Supremo Tribunal Federal) tem entendido que a Administração tem o dever de reparação somente quando presente o elemento acidental, isto é, nesses casos, adota-se a responsabilidade subjetiva (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). No mesmo diapasão, Bandeira de Mello esclarece que não basta a simples relação, por si só, entre o dano e a ausência de serviço estatal, é necessário que haja culpa ou dolo (MELLO, 2016, p. 1036).

Diante dessas considerações elementares sobre o instituto da responsabilidade civil, passa-se agora para a análise deste aplicado ao contexto catastrófico dentro do Estado Socioambiental de Direito.

### 3.1 A Responsabilidade Civil no Contexto de Dano Catastrófico

As catástrofes naturais, como fixado anteriormente, em um cenário de mudanças climáticas, apresentam-se com mais frequência do que outrora. Percebe-se que se tratam de eventos excepcionais, fenômenos necessariamente bruscos, no sentido de que são inesperados, repentinos e imprevisíveis. Além disso, são fenômenos violentos, isto é, provocam consequências graves, profundamente impactantes e altamente danosas (ANTUNES, 2013, p. 128). Logo, nota-se que são imprevisíveis e irresistíveis.

Como é evidente, o corolário desses eventos é o dano catastrófico, que é uma modalidade de dano ambiental, considerando que seus efeitos afetam o ambiente no qual o ser humano se encontra e, ademais, tem sua origem relacionada a questões de tal natureza.

Outrossim, essa espécie de lesão é marcada pela (eco)complexidade no que diz respeito à sua causa (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 127-128), uma vez que é afetada pelas mudanças climáticas, resultado de um modelo civilizatório, com origem histórica e difusa, e também por fatores transversais intrínsecos, como a vulnerabilidade e a exposição (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 55-62).

Nesse sentido, como já dito alhures, esse dano é caracterizado por trazer consigo lesões patrimoniais e extrapatrimoniais, atacando diversos direitos fundamentais, e, além disso, por ter ampla dispersão de vítimas; encontrar dificuldade inerente à ação reparatória; encontrar dificuldades de valoração e na imposição da forma de reparação (MILARÉ, 2015, p. 432).

Analisando-se, em um primeiro momento, a partir das noções tradicionais da responsabilidade civil acima expostas, poder-se-ia associar tais fenômenos às “excludentes” de responsabilidade, principalmente o caso fortuito e a força maior.

Contudo, Carla Amado Gomes (2013, p. 11) faz uma indagação interessante a ser refletida: onde acaba a inevitabilidade e começa a omissão?

Ora, tais eventos se encontram cada vez mais presentes nos noticiários e a destruição é evidente. O Estado Socioambiental de Direito sabe das consequências nocivas das mudanças climáticas, bem como das medidas necessárias para minimizar e prevenir seus efeitos, ou seja, ele conhece o risco catastrófico e sabe que o agravamento deste é fruto da intervenção humana na natureza (FENSTERSEIFER, 2010, p. 97-98). Tal conhecimento do ente estatal se constata a partir dos inúmeros tratados internacionais de proteção do meio ambiente dos quais é signatário, como, por exemplo, o Protocolo de Kyoto, entre outros.

Ainda assim, *o Estado brasileiro insiste em se silenciar*. Insiste em desrespeitar os deveres de proteção ambiental preconizados pela Constituição Federal. Insiste em não cumprir as obrigações dispostas na Lei 12.608/2012. Insiste em não adotar medidas de enfrentamento dos riscos e perigos catastróficos, conforme o “Ciclo do Direito dos Desastres”. Ou seja, o Estado Socioambiental de Direito incorre em omissão, estando esta eivada de ilicitude e inconstitucionalidade (FENSTERSEIFER, 2010, p. 97-98).

Nesse sentido, não há que se falar que os desastres naturais são eventos tão inevitáveis ou tão imprevisíveis a ponto de afastarem a responsabilidade do ente estatal. Há aqui uma relação causal, mesmo que indireta, entre a omissão do Estado e a magnitude da destruição verificada. Portanto,

(...) descabe invocar-se a escusa do caso fortuito ou força maior, quando, ao lado do fenômeno “imprevisível” haja a omissão da Administração Pública, como concausa do fato lesivo, uma vez que, nestas hipóteses, há uma confluência de nexos causais, decorrendo o dano não apenas do caso fortuito ou força maior, mas igualmente da ação ou omissão estatal (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 136).

Por tais razões é que, existindo o Estado Socioambiental de Direito em função da pessoa humana, e não o contrário, deve-se deixar de lado a visão liberal individualista do direito e fazer uma releitura do instituto da responsabilidade civil, como uma questão de justiça ambiental, o que acaba partindo da flexibilização de seus elementos nesse específico cenário de dano catastrófico (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 137). Isto deve ser feito tanto no campo do direito material, quanto do direito processual.

### 3.2 Flexibilização no Direito Material

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a responsabilidade civil do Estado Socioambiental de Direito advém de uma *conduta omissiva* no que diz respeito aos deveres de proteção ambiental preconizados pela Constituição Federal e pelos diplomas normativos de gerenciamento e enfrentamento dos riscos e perigos catastróficos.

Considerando o teor dos artigos 37, §6º, e 225, §3º da Constituição Federal, do artigo 14, §1º da Lei 6.938/1981 e do artigo 927 do Código Civil, pode-se dizer que a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público é *extracontratual*.

Da mesma forma, tendo em vista o artigo 23, incisos III, VI e VII, da Constituição Federal, que consagra a competência executiva ambiental como concorrente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, resta evidente que estes entes respondem de maneira *solidária* no que diz respeito à reparação dos danos catastróficos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013, p. 192-195). Nessa linha, malgrado os Municípios terem sido incumbidos do maior número de obrigações decorrentes da Lei 12.608/2012, mesmo sendo o ente de menor capacidade econômica, os custos da reparação devem ser compartilhados entre todos os entes federativos.

No entanto, a grande polêmica neste contexto do dano catastrófico consiste em qualificar a responsabilidade civil do Estado no que diz respeito ao elemento acidental, ou seja, em classificá-la como sendo subjetiva ou objetiva. Como visto alhures, no que tange a



condutas comissivas, diz-se objetiva a responsabilidade, enquanto, nos casos de omissão, (para alguns) considera-se aquela como subjetiva.

Entretanto, aqui se está a tratar da violação de direitos fundamentais, como os direitos sociais básicos e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nesse sentido, não há nada substancial no ordenamento jurídico brasileiro, “que justifique um tratamento radicalmente distinto entre ações e omissões. Antes, pelo contrário: a responsabilidade haverá de ser o proporcional cumprimento, sem inércia, dos deveres relacionados à tutela dos direitos fundamentais” (FREITAS, 2010, p. 66-67). Sob esse contexto é que:

Entendido o nexa causal nessas bases, não se constata motivo plausível para a vítima ter de provar culpa ou dolo dos agentes públicos por omissão prestacional. À vítima incumbe alegar a antijuridicidade, ora pelo cometimento de excessos, ora pela não menos nociva inatividade. Numa hipótese e noutra, desde que ocorrida a violação, cristaliza-se o dano indenizável (FREITAS, 2010, p. 66-67).

Ademais, não se deve olvidar que o dano catastrófico é uma espécie de dano ambiental, razão pela qual todo aparato disponível para a proteção do meio ambiente em sentido *lato* deve ser aplicável nessa temática. Em tal sentido, diante dos artigos 225, §3º da Constituição Federal e artigo 14, §1º da Lei 6.938/1981, pode-se dizer que, para a configuração da responsabilidade do ente estatal e de seu respectivo dever de reparação, é necessário apenas que se verifique o dano, a omissão e o nexa causal. Portanto, diz-se que a responsabilidade civil nesse cenário é *objetiva*.

Em sendo objetiva, admitir-se-ia as “excludentes” de responsabilidade civil? Isto é, qual a teoria a ser adotada, do risco administrativo ou do risco integral?

Em se tratando da tutela de um direito difuso, como é o meio ambiente, a reparação deve ser sempre integral, não sendo admitidas as “excludentes”, conforme acima explicado, haja vista tais circunstâncias não romperem o nexa causal, sendo elas próprias que provocam o dano, tendo como concausa a omissão da Administração Pública. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça (a exemplo do julgamento do Recurso Especial de número 1.071.741) já consagrou aplicável, em matéria de direito ambiental, a *teoria do risco integral*.

Porém, ao tratar a responsabilidade civil do Estado como objetiva, surgem vozes contrárias, que entendem que tal posição conduziria a “absurdos”, uma vez que “o Estado estaria erigido em segurador universal” (MELLO, 2016, p. 1031). No entanto, “se é certo que o Estado não deve ser o segurador universal, tampouco deve ser omissor e descumpridor dos seus deveres defensivos e prestacionais” (FREITAS, 2010, p. 76). Além disso, deve-se

considerar que tal posição é razoável e proporcional, visto que o ente público não tem se colocado nem mesmo na posição de “segurador mínimo” no que tange às suas atribuições básicas (TARTUCE, 2011, p. 281), como a realização dos direitos sociais elementares e o cumprimento dos deveres de proteção ambiental.

Por fim, ainda no que diz respeito ao direito material, é indispensável flexibilizar o nexos causal, considerando que se está a lidar com fenômenos de causalidade (eco)complexa. Nessa linha, a “complexidade ambiental, presente nos desastres, é incompatível, em muitos casos, com a individualização e a pessoalidade, características da teoria tradicional da responsabilidade civil” (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 127-128). Isso porque tais danos têm origem histórica e difusa e, por sua vez, são resultados de um modelo civilizatório, o que faria com que a identificação do nexos causal fosse praticamente impossível (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 127-128).

Em virtude disso, uma alternativa seria a adoção da *teoria das probabilidades*, segundo a qual incertezas científicas não podem conduzir a incertezas jurídicas. Nesse escopo, o liame causal estaria configurado sempre que o juiz pudesse obter a convicção de que existe uma probabilidade determinante ou considerável, ou seja, não seria necessária a demonstração da relação causa consequência com exatidão (CARVALHO; DAMACENA, 2013, p. 128). Logo, ter-se-ia como suficiente a mera conexão entre os riscos representados pelas mudanças climáticas e a omissão do Estado no cumprimento dos deveres de proteção ambiental e das medidas de gerenciamento e enfrentamento dos riscos e perigos catastróficos, a partir de juízos de probabilidade (FENSTERSEIFER, 2010, p. 98).

Contudo, diante do exposto, não se quer aqui apregoar que toda e qualquer ineficácia das políticas públicas de enfrentamento dos riscos catastróficos devam ensejar a reparação por parte do ente estatal, mas, na análise do caso concreto, se for possível constatar que, diante do conhecimento disponível, não foram adotadas todas as medidas possíveis que poderiam ter sido empregadas para que o dano catastrófico não ocorresse, aí, então, a reparação será medida impositiva (SOUZA, 2014, p. 202-203).

### 3.2 Flexibilização no Direito Processual

No que diz respeito ao campo processual, constata-se que a morosidade judicial é uma das causas que agravam a situação das vítimas das catástrofes, tendo em vista que, além de

terem perdido o pouco que tinham, ainda têm que esperar por um longo período de tempo por uma tutela de conhecimento. Ou seja, aguardam anos simplesmente para que o Estado-juiz venha dar um provimento jurisdicional no sentido de declarar que merecem uma indenização contra a Fazenda Pública.

Além da mora para se obter uma tutela de conhecimento, isto também é verificado no que diz respeito ao recebimento dos valores dos precatórios, que são a forma pela qual a Fazenda realiza seus pagamentos decorrentes de sentenças judiciais, exceto no caso de requisições de pequeno valor (OLIVEIRA, 2015, p. 669-679).

Em tal contexto, sendo o processo civil um meio de tutela de direitos, que primeiro analisa o direito material que se pretende proteger para depois cogitar de técnicas adequadas para a efetiva proteção (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 43.), dada a particularidade do dano catastrófico e da (eco)complexidade ambiental, no campo do direito adjetivo também é preciso uma flexibilização.

Nessa linha, uma alternativa bastante viável no cenário da responsabilidade civil decorrente dos desastres naturais seria a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova, segundo a qual deve produzi-la aquele que tiver as melhores condições (RODRIGUES, 2011, p. 152-159). Esta seria uma medida de equiparação de armas no processo judicial (FENSTERSEIFER, 2010, p. 99), sendo que o Estado deveria demonstrar que cumpriu com seus deveres originários de modo adequado e suficiente, sendo que, somente dessa forma, poderia se eximir do dever sucessivo de reparação.

Nesse sentido, o juiz da causa poderia utilizar o dispositivo constante no §1º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil de 2015 (BRASIL, 2015), que assim estatui:

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Entretanto, tendo em mente a realidade do Judiciário nacional, ainda assim haveria demora na reparação das vítimas dos desastres naturais. Diante disso, interessante via seria lançar mão dos métodos alternativos de resolução de conflito.

Em tal cenário, desponta como uma alternativa louvável para a melhor reparação das vítimas o “*design* de sistemas de disputas”, que se trata de “um conjunto de procedimentos

criados sob medida para lidar com um conflito determinado, ou uma série destes” (FALECK, 2009, p. 8). Esse mecanismo de resolução de conflitos é da espécie autocomposição, sendo manejado pelas próprias partes em disputa. Ademais, atende às necessidades e particularidades do caso concreto, reduzindo custos e tempo. Tal sistema é bastante utilizado na reparação das vítimas de desastres antropogênicos, exemplo disso é o “*September 11th Compensation Found of 2001*” (FEINBERG, 2012) e a Câmara de Indenização 3054 (FALECK, 2009, p. 10).

Contudo, malgrado se vislumbrar a possibilidade da adoção desse sistema para a melhor compensação das vítimas de desastres naturais, é preciso que haja vontade política por parte do Estado Socioambiental de Direito, no sentido de viabilizar a adoção desse método alternativo de resolução de conflitos nos casos em que a Fazenda Pública é o sujeito reparador (SOUZA, 2014, p. 279).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

199

A relação entre desastres e direito se dá no sentido de que tais eventos são fatos jurídicos. O corolário mais evidente dos desastres é o dano catastrófico, que traz consigo lesões patrimoniais e extrapatrimoniais. Nesse diapasão, ordenamento jurídico tem um papel central na prevenção, na resposta e na gestão dos riscos e perigos de catástrofes, tendo em vista que muitas dessas lesões advêm da falta de observância das normas de direito ambiental. A principal característica do direito das catástrofes reside no conceito de gestão de riscos, que encerra em si os estágios da mitigação, da ocorrência do evento catastrófico, da resposta de emergência, da compensação e da reconstrução. Em tal cenário, as mudanças climáticas, juntamente com a vulnerabilidade e a exposição, são fatores que agravam os riscos e perigos catastróficos. Há, nesse contexto, uma questão de (in)justiça ambiental, considerando que a parcela mais pobre e marginalizada da população, que não tem acesso aos direitos sociais básicos, é a mais atingida, mesmo não tendo dado causa a tais eventos.

O Estado Socioambiental de Direito é um projeto político-jurídico que agrega às conquistas do Estado Liberal e do Estado Social um novo objetivo, que é a proteção do meio ambiente e da qualidade de vida, visando o desenvolvimento humano em padrões sustentáveis. A Constituição Federal, em seu artigo 225, §1º, consagra diversos deveres de proteção ambiental, os quais limitam a discricionariedade e retiram do Estado a sua

capacidade de decidir sobre a oportunidade de agir, não havendo, assim, margens para a não atuação ou para atuar de maneira insuficiente, sendo que, do contrário, incorreria o ente público em prática inconstitucional. Como consequência desses deveres, surgem diversos diplomas normativos que procuram dispor sobre o gerenciamento e enfrentamento dos riscos e perigos catastróficos, entre eles, a Lei 12.608/2012, que tem como ponto alto a assimilação do “Ciclo do Direito dos Desastres”. Contudo, esta lei é silente no que diz respeito à compensação.

O instituto da responsabilidade civil se trata de um dever jurídico sucessivo, que tem como objetivo reparar dano decorrente da violação de um dever jurídico originário. A responsabilidade pode ser contratual ou extracontratual; subjetiva ou objetiva; subsidiária ou solidária. Os seus elementos são: dano, nexa e conduta (ação ou omissão).

O dano catastrófico é uma modalidade de dano ambiental e é marcado pela (eco)complexidade no que diz respeito à sua causa, uma vez que é afetado pelas mudanças climáticas, as quais são resultantes de um modelo civilizatório, com origem histórica e difusa. O Estado Socioambiental de Direito sabe das consequências nocivas das mudanças climáticas, bem como das medidas necessárias para minimizar e prevenir seus efeitos, ou seja, ele conhece o risco catastrófico e sabe que o agravamento deste é fruto da intervenção humana na natureza. Ainda assim, o Estado brasileiro insiste em se silenciar. Insiste em desrespeitar os deveres de proteção ambiental preconizados pela Constituição Federal. Insiste em não cumprir as obrigações dispostas na Lei 12.608/2012. Insiste em não adotar medidas de enfrentamento dos riscos e perigos catastróficos, conforme o “Ciclo do Direito dos Desastres”. Ou seja, o Estado Socioambiental de Direito incorre em omissão, estando esta eivada de ilicitude e inconstitucionalidade. Há aqui uma relação causal, mesmo que indireta, entre a omissão do Estado e a magnitude da destruição verificada. Por tal razão, dada a peculiaridade dessa temática, faz-se necessário a flexibilização dos elementos da responsabilidade civil nesse contexto.

A responsabilidade do Estado Socioambiental de Direito, no que diz respeito ao campo do direito material, deve ser considerada como advinda de uma conduta omissa; ademais, ela é extracontratual; solidária; objetiva, sendo aqui adotada a teoria do risco integral, haja vista se tratar de dano ambiental; e, quanto ao liame causal, a teoria das probabilidades se mostra como uma alternativa para a comprovação do nexa. Contudo, não se quer apregoar que toda e qualquer ineficácia das políticas públicas de enfrentamento dos

riscos catastróficos devam ensejar a reparação por parte do ente estatal, mas, na análise do caso concreto, se for possível constatar que, diante do conhecimento disponível, não foram adotadas todas as medidas possíveis que poderiam ter sido empregadas para que o dano catastrófico não ocorresse, aí, então, a reparação é medida impositiva.

A flexibilização também ocorre no direito processual, campo no qual se constata que as vítimas, além de terem perdido o pouco que tinham, ainda têm que esperar por um longo período de tempo por uma tutela de conhecimento. Em tal cenário, uma alternativa bastante viável no que se refere à responsabilidade civil decorrente dos desastres naturais seria a adoção da teoria dinâmica do ônus da prova, utilizando-se do artigo 373, §1º do Novo Código de Processo Civil. Outrossim, interessante via seria lançar mão dos métodos alternativos de resolução de conflito, nesse diapasão, desponta como uma alternativa louvável para a melhor reparação das vítimas o *design* de sistemas de disputas. Todavia, é preciso que haja vontade política por parte do Estado Socioambiental de Direito, no sentido de viabilizar a adoção desse método alternativo de resolução de conflitos nos casos em que a Fazenda Pública é o

201

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, A. Betâmio de & OLIVEIRA, C. Sousa. O caso da sentença de L'Áquila. Prevenção e comunicação do risco: responsabilidade dos cientistas. *IPROCIV*: Boletim Mensal da Autoridade Nacional de Proteção Civil. n. 73, p. 6-9, abril 2014. Disponível na internet em: <<http://www.prociv.pt/newsletter/Prociv%20n.%C2%BA%2073%20-%20abril%202014.pdf>>. Acesso em 06 jun. 2015.

ANTUNES, Tiago. O risco climático na sua dimensão catastrófica. In: GOMES, Carla Amado; SARAIVA, Rute. *Actas do Colóquio Catástrofes Naturais*: uma realidade multidimensional. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

ATLAS BRASILEIRO DE DESASTRES NATURAIS: 1991 a 2012. 2. ed. Florianópolis: CEPED UFSC, 2013.

BBC BRASIL. Relatório da ONU culpa homem por aquecimento global. Reportagem de Daniela Fernandes. Disponível na internet em: <[http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/02/070202\\_danielaclima2.shtml](http://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/02/070202_danielaclima2.shtml)>.



Acesso em 10 jun 2015.

BRASIL. Lei 12.608/2012. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm)>. Acesso em 30 set. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei 13.105/2015. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 30 set. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do direito dos desastres. *Novos Estudos Jurídicos* (Online). v. 18, p. 397-415, 2013.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. *Direito dos Desastres*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. Da concretização do direito de proteção contra desastres sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 6. n. 2. São Leopoldo/RS: UNISINOS, 2014.

DAMACENA, Fernanda Dalla Libera; CARVALHO, Délton Winter de. O estado democrático de direito ambiental e as catástrofes ambientais: evolução histórica e desafios. *Pensar* (UNIFOR). v. 18, 2013.

FALECK, Diego. Introdução ao design de sistema de disputas. *Revista Brasileira de Arbitragem*. v. 1. n. 23. Porto Alegre: Síntese, 2009.

FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*. v. 4. n. 1. São Leopoldo/RS: UNISINOS, 2012.

FEINBERG, Kenneth R. *Who Gets What: Fair Compensation after Tragedy and Financial Upheaval*. New York: PublicAffairs, 2012.

FENSTERSEIFER, Tiago. A responsabilidade do Estado pelos danos causados às pessoas atingidas pelos desastres ambientais associados às mudanças climáticas: uma análise à luz dos deveres de proteção ambiental do Estado e da proibição de insuficiência na tutela do direito fundamental ao ambiente. In: LAVRATTI, Paula; PRESTES, Vanêsa Buzelato (Orgs.). *Responsabilidade Civil e Mudanças Climáticas*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2010.

FREITAS, Juarez. Contra a omissão inconstitucional: reexame inovador da responsabilidade do estado. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. n. 66. Porto Alegre, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. v. 3. Responsabilidade Civil. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOMES, Carla Amado. A gestão do risco de catástrofe natural. In: GOMES, Carla Amado (Coord.). *Direito(s) das Catástrofes Naturais*. Lisboa: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Prevenção do risco de catástrofe natural: como resistir ao irresistível? In: GOMES, Carla Amado; SARAIVA, Rute. *Actas do Colóquio Catástrofes Naturais: uma Realidade Multidimensional*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

GOMES, Carla Amado; SARAIVA, Rute. *Actas do Colóquio Catástrofes Naturais: uma Realidade Multidimensional*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil: Parte Geral*. v. 1. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

\_\_\_\_\_. *Direito Civil Brasileiro*. 11. ed. v. 4. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, 2016.

INTERGOVERNMENTAL PAINEL ON CLIMATE CHANGE. Special report of the



Intergovernmental Panel on Climate Change. Disponível em <[https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/srex/SREX\\_Full\\_Report.pdf](https://www.ipcc.ch/pdf/special-reports/srex/SREX_Full_Report.pdf)>. Acesso em 10 jun. 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo Ayala. *Dano Ambiental: do Individual ao Coletivo Extrapatrimonial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo Curso de Processo Civil: Tutela dos Direitos mediante Procedimento Comum*. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Processo Civil Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

\_\_\_\_\_. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

\_\_\_\_\_. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.



SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Algumas notas sobre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e sobre a dignidade da vida em geral. *Direito Público*. v. 1, n. 19, 2008. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/383/973>>. Acesso em 17 dez 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SOUZA, Carlos Eduardo Silva e. *Danos Catastróficos: da Gestão de Riscos e Perigos à Reparação*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso especial 1.071.741. Disponível em <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)>. Acesso em 30 set 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário 369.820. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 set 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso extraordinário 409.203. Disponível em <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em 30 set 2015.

TARTUCE, Flávio. *Responsabilidade Civil Objetiva e Risco: a Teoria do Risco Concorrente*. São Paulo: Método, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. Coleção Direito Civil. 16. ed. v. 1. São Paulo: Atlas, 2016.

Submissão: 12/07/2016

Aceito para Publicação: 21/10/2016



## A PRIVAÇÃO DO USO COMO FONTE DO DEVER DE INDENIZAR

## DEPRIVATION OF THE USE AS A SOURCE OF CIVIL LIABILITY

Rodrigo da Guia Silva\*

**RESUMO:** A privação do uso, entendida como a supressão temporária da prerrogativa de usar, tem o condão de acarretar diversas ordens de danos injustos ao titular lesado. O presente estudo busca, então, investigar o estado atual do direito brasileiro acerca dos danos decorrentes da supressão temporária da faculdade de usar. Parte-se da assunção do paradigma do dano injusto, o que tornou possível o reconhecimento de novos danos, para além daqueles tradicionalmente identificados pela civilística. Na sequência, investiga-se a tutela conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro à prerrogativa de usar, com o que se buscará compreender as principais hipóteses de danos emergentes, lucros cessantes e danos morais em decorrência da privação do uso. Espera-se, ao final, fornecer sistematização útil ao estudo da responsabilidade civil.

**ABSTRACT:** Deprivation of use, understood as temporary suppression of the faculty of use, is able to cause various kinds of unfair damages to the offended right-holder. This study seeks to investigate the current stage of Brazilian Law about damages due to deprivation of use. Based on the assumption of the unfair damage paradigm, it is possible to recognize new damages, besides those traditionally identified by doctrine. This study investigates, therefore, the protection granted by Law to the faculty of use, which will allow to understand the main situations of emergent damages, lost profits and moral damages due to deprivation of use. The final intention is to offer an useful systematization about civil liability.

**PALAVRAS-CHAVE:** Privação do Uso. Dano Injusto. Responsabilidade Civil. Prerrogativa de Usar.

**KEYWORDS:** Deprivation of the Use. Unfair Damage. Civil Liability. Faculty of Use.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Premissa Metodológica: Análise da Responsabilidade Civil à Luz do Paradigma do Dano Injusto. 2 Impressões Iniciais sobre a Tutela Conferida pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro à Prerrogativa de Usar. 3 Breve Incurso sobre a Experiência Estrangeira em Matéria de Privação do Uso. 4 O Cerne da Controvérsia: Possibilidade de Dano Emergente *Autônomo* em Decorrente da Privação do Uso no Direito Brasileiro. 5 Hipóteses de Configuração de Lucros Cessantes. 6 Hipóteses de Configuração de Danos Morais. Considerações Finais. Referências.

207

## INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil constitui segmento do direito civil de especial importância para concretização da composição dos conflitos de interesses – noção comumente vinculada às finalidades estatais de justiça e segurança. Tão grande é a importância de tal segmento que se chega a ressaltar a estreita conexão existente entre a responsabilidade civil e o grau de desenvolvimento político, cultural e econômico por certa formação social. Por tudo isso, não poderia tal segmento do direito civil descuidar das novas hipóteses fáticas ensejadoras de dano ressarcível, sob pena de afastamento das funções que lhe são mais caras.

Com efeito, a célere evolução da sociedade e o desenvolvimento de novas tecnologias impõem novos desafios ao intérprete-aplicador do direito, desafios esses que repercutirão também na seara do direito dos danos. Diante de tal preocupação, a civilística contemporânea

\* Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil). Advogado.

se empenha para demonstrar a possibilidade de existência de *novos danos* ressarcíveis – novidade essa que não diria respeito propriamente às categorias de dano já consagradas (danos extrapatrimoniais e danos patrimoniais – estes na faceta de danos emergentes ou de lucros cessantes), mas sim ao reconhecimento de novas hipóteses fáticas deflagradoras do dever de indenizar.

Neste renovado panorama, particularmente caro à metodologia civil-constitucional, questão que tem se colocado constantemente perante os tribunais pátrios consiste em saber se a pessoa injustamente privada (ainda que temporariamente) da legítima faculdade de usar certa coisa sofre dano ressarcível à luz do direito brasileiro – e, em caso afirmativo, qual seria o enquadramento dogmático do mesmo. O presente trabalho destina-se, desse modo, a analisar a controvérsia atinente à indenizabilidade, no direito brasileiro, das figuras que em outros ordenamentos se convencionou denominar de *danos por privação do uso*.

A questão não é das mais simples, encontrando-se em doutrina proposições teóricas as mais variadas, desde aquelas que reconhecem a possibilidade de dano emergente autônomo em decorrência da privação do uso (i.e., um dano emergente verificável independentemente da prova de outros prejuízos de ordem patrimonial), até as que negam peremptoriamente tal hipótese de dano – ao qual supostamente faltaria a certeza necessária à deflagração do dever de indenizar.

Nesse cenário, a adequada compreensão da matéria não prescinde da análise preliminar das razões aventadas pelas referidas correntes. Nessa empreitada, inicialmente lançar-se-á mão de esforço teórico tendente a associar a indenizabilidade dos danos em geral – e dos danos por privação do uso, em particular – ao atributo da injustiça do dano, como corolário lógico da ponderação de valores que deve nortear o processo de qualificação a que se lança o intérprete. Na sequência, investigar-se-á se o ordenamento jurídico brasileiro confere tutela jurídica autônoma à prerrogativa de usar, a tal ponto que a sua supressão ilegítima possa configurar dano indenizável.

Analisadas tais questões preliminares, passar-se-á especificamente à perquirição da indenizabilidade do dano emergente autônomo em decorrência da privação do uso, sem necessidade da prova de outros prejuízos de ordem patrimonial. Em atenção ao desenvolvimento histórico da matéria, alude-se a soluções extraídas da experiência estrangeira. Na sequência, passa-se à análise das hipóteses de danos por privação do uso mais comumente reconhecidas na prática jurisprudencial brasileira. Aborda-se, então, a aplicação

da sistemática dos lucros cessantes, com especial atenção ao consolidado entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e de alguns Tribunais de Justiça no sentido de presunção de lucros cessantes sofridos pelo adquirente que não recebe tempestivamente o bem imóvel em razão de atraso culposo do alienante. Afóra as proposições atinentes a danos patrimoniais, apresentam-se as principais construções jurisprudenciais de reconhecimento de danos morais em decorrência da supressão temporária da prerrogativa de usar um bem.

Em síntese, para além do relato do estado atual de doutrina e jurisprudência acerca do enquadramento dos *danos por privação do uso* no direito brasileiro, procura-se fornecer subsídios para o estudo sistemático da matéria. Espera-se reconhecer, assim, a possibilidade de configuração de *novos danos* em decorrência do advento da noção de *dano injusto* em superação ao paradigma do ato ilícito.

## 1 PREMISA METODOLÓGICA: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DO PARADIGMA DO DANO INJUSTO

209

A responsabilidade civil passou por relevante processo nas últimas décadas no direito brasileiro, definido por Orlando GOMES como “giro conceitual” do ato ilícito para o dano injusto.<sup>1</sup> Em breves palavras, pode-se dizer que o foco da discussão deslocou-se do descumprimento estrutural da lei (ou, em outra formulação, do direito subjetivo) e passou a incidir sobre a violação dos valores fundamentais tutelados pelo ordenamento, verificando-se, no caso concreto, se o bem jurídico lesionado será considerado merecedor de tutela e permitirá o surgimento do dever de indenizar.<sup>2</sup>

Como se sabe, a responsabilidade civil tradicional se ocupava do ato ilícito, assim entendido como “a manifestação de vontade, dolosa ou culposa, que viola direito e causa dano à vítima”.<sup>3</sup> Esta era a definição trazida pelo Código Civil de 1916 em seu artigo 159 e que,

<sup>1</sup> GOMES, Orlando. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 293.

<sup>2</sup> “Modernamente, pois, desvincula-se o conceito de dano da noção de antijuridicidade, adotando-se critérios mais amplos, que englobam não apenas direitos (absolutos ou relativos), mas também interesses que, porque considerados dignos de tutela jurídica, quando lesionados, obrigam à sua reparação” (MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 326).

<sup>3</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: Estudos em Homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 61.

com algumas alterações, foi reproduzida pelo artigo 186 do Código Civil em vigor. Afirma-se, a esse propósito, que a configuração do ato ilícito depende do preenchimento de certos requisitos: conduta humana culposa ou dolosa; violação da ordem jurídica, através da contraposição da conduta humana a uma norma específica; imputabilidade do agente; e, por fim, interferência na esfera jurídica alheia.<sup>4</sup>

O requisito de contraposição do comportamento humano ao comando de uma norma foi objeto de acentuada crítica pela doutrina. De fato, com o desenvolvimento da sociedade e do direito civil, passou-se a sustentar a inadequação em se restringir a tutela reparatória às hipóteses de violação de modelos legais pré-determinados, cujo exemplo maior era o direito subjetivo.<sup>5</sup> Nesse renovado panorama metodológico, particularmente caro à metodologia civil-constitucional,<sup>6</sup> sustenta-se que a deflagração do dever de indenizar depende inexoravelmente da injustiça do dano.<sup>7</sup> A propósito, avalia-se contemporaneamente que a noção de dano injusto, “após se desprender, em um primeiro momento, da violação a uma norma ou direito subjetivo, passou a significar a lesão a qualquer interesse tutelado”.<sup>8</sup> Trata-se de figura desenvolvida notadamente pela doutrina italiana a partir da interpretação do artigo 2.043 do *Codice Civile*,<sup>9</sup> que passou a ser vista, com o tempo, como autêntica cláusula geral de responsabilidade civil.<sup>10</sup> A indenizabilidade do dano injusto torna-se dependente, assim, da concretização de seu conteúdo, a ser promovida pelo esforço argumentativo do intérprete ao

210

<sup>4</sup> Vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Atualização de Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 548.

<sup>5</sup> Acerca da inadequação em se restringir a responsabilidade civil a modelos legais pré-determinados, vide SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 124.

<sup>6</sup> Sobre essa metodologia, que serve de marco teórico ao presente estudo, vide, por todos, TEPEDINO, Gustavo. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-23; e MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na Medida da Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 3-20.

<sup>7</sup> “O dano será injusto quando, ainda que decorrente de conduta lícita, afetando aspecto fundamental da dignidade humana, não for razoável, ponderados os interesses contrapostos, que a vítima dele permaneça irressarcida” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 179.).

<sup>8</sup> SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, a. 15, n. 58, abr.-jun./2014, p. 101.

<sup>9</sup> *Verbis*: “Artigo 2.043. *Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*”. Em tradução livre: “Todo fato doloso ou culposo, que causa a outrem um dano injusto, obriga aquele que praticou o fato a ressarcir o dano”.

<sup>10</sup> Leciona Guido Alpa que a expressão *ingiustizia* apresenta as funções e problemas de uma cláusula geral: “(...) é tendencialmente indefinível, tem conotações historicamente relativas, constitui uma válvula que tempera a rigidez do ordenamento, consente ao intérprete elasticidade de apreciação” (ALPA, Guido. *I principi generali*. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 2006, p. 486. Tradução livre do original).

ponderar os interesses contrapostos no caso concreto.<sup>11</sup>

Pode-se concluir que a noção de dano injusto acaba por expandir as fronteiras da responsabilidade civil,<sup>12</sup> propiciando o surgimento do que se tem denominado, na doutrina contemporânea, *novos danos*, tais como o dano à vida sexual, o dano de *mobbing* (ou assédio moral), o dano de nascimento indesejado, o dano à identidade pessoal e assim por diante.<sup>13</sup> O reconhecimento de *novos danos* decorre da mencionada ampliação do próprio conceito jurídico de dano, vez que o dano injusto – e, portanto, aquele que se considera ressarcível – não será somente aquele que decorrer da conduta ilícita, mas sim todo e qualquer dano que violar bens jurídicos e contrariar os valores tutelados pelo ordenamento jurídico.<sup>14</sup>

Superada doutrinariamente a noção restrita à ilicitude, hodiernamente conclui-se, em matéria de situações jurídicas subjetivas patrimoniais, que toda lesão ao patrimônio sofrida pelo credor pode oferecer matéria de ressarcimento,<sup>15</sup> desde que se esteja diante de dano reputado *injusto* à luz da tábua axiológica constitucional, em interpretação assumidamente ampliativa da cláusula geral de responsabilidade civil subjetiva prevista no artigo 927, *caput*, do Código Civil.<sup>16</sup> No que tange às coisas corpóreas, tal compreensão afigura-se de especial importância, por revelar que o dano injusto não se refere apenas e necessariamente à integridade da sua substância, mas igualmente às utilidades proporcionadas pela coisa e que

211

<sup>11</sup> Acerca da necessidade de recurso à ponderação, vide TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 110.

<sup>12</sup> “Mediante o requisito da injustiça do dano, a jurisprudência amplia a área de operatividade da responsabilidade civil às lesões dos direitos de crédito, dos interesses legítimos, das expectativas legítimas, das chances, da posse” (PERLINGIERI, Pietro. *Manuale di Diritto Civile*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2014, p. 901. Tradução livre do original).

<sup>13</sup> Vide SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 719 e ss.

<sup>14</sup> “A lesão causadora do dano injusto refere-se, diretamente, ao bem jurídico tutelado, ao interesse ou direito da pessoa humana, merecedor de tutela jurídica” (MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 181). Em sentido semelhante no que tange à violação de bens jurídicos, cf. Justus Wilhelm Hedemann, que, apesar de escrever no contexto de um sistema jurídico de responsabilidade civil extracontratual típica, i.e., desprovida de cláusula geral – caso do ordenamento jurídico alemão –, propõe definição de *dano* que também supera a concepção estrita de ato ilícito: “Pode-se dizer, portanto, em sentido muito geral, que todo ‘bem jurídico’ é suscetível de sofrer um dano e com ele pode constituir a base para uma pretensão jurídica de indenização dos danos sofridos” (HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derecho de Obligaciones*. v. III. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 118. Tradução livre do original).

<sup>15</sup> Entendimento atual que já era há muito sustentado por alguns autores, como GIORGI, Giorgio. *Teoria delle Obligationi nel Diritto Moderno Italiano*. v. II. Florença: Fratelli Cammelli, 1903, p. 137.

<sup>16</sup> Vide SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, 2015, p. 153-156.



sejam reputadas merecedoras de tutela.<sup>17</sup>

Considera-se, com efeito, que a tutela reparatória não pode se restringir à mera existência da coisa, devendo ter em vista as possibilidades nela incorporadas, que são conferidas ao seu titular independentemente de finalidade lucrativa. Sustenta-se, assim, a necessidade de “proteger os bens mesmo quando aplicados ao consumo (...) e não só quando destinados a produzir mais riqueza”.<sup>18</sup> Nessa perspectiva, caso se entenda que o simples uso de determinado bem poder ser tido como vantagem suscetível de avaliação pecuniária, sua privação temporária será suficiente, em linha de princípio, a deflagrar o dever de indenizar.<sup>19</sup> Na sequência deste percurso teórico, portanto, cumpre investigar extensão da tutela jurídica conferida à prerrogativa de usar no direito brasileiro.

## 2 IMPRESSÕES INICIAIS SOBRE A TUTELA CONFERIDA PELO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À PRERROGATIVA DE USAR

212

Ao termo *uso* têm sido atribuídas diversas acepções pelos estudiosos do direito civil, o que se pode observar tanto no cenário brasileiro quanto no âmbito de outros ordenamentos jurídicos.<sup>20</sup> Reconhecido que a conceituação do *uso* não constitui o escopo central deste

<sup>17</sup> A propósito, vide a definição de dano proposta por Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “Em termos naturalísticos, entende-se por dano a supressão de uma vantagem de que o sujeito beneficiava. Essa noção não será, porém, suficiente para definir o dano em termos jurídicos, já que as vantagens que não sejam juridicamente tuteladas não são suscetíveis de indenização. O conceito de dano terá por isso que ser definido num sentido simultaneamente fático e normativo, ou seja, como a frustração de uma utilidade que era objeto de tutela jurídica” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. v. I. Coimbra: Almedina, 2002, p. 313).

<sup>18</sup> GOMES, Júlio Manuel Vieira. O dano da privação do uso. *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1986, p. 234.

<sup>19</sup> Essa é a conclusão de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão no âmbito do direito português: “Efetivamente, o simples uso constitui uma vantagem susceptível de avaliação pecuniária, pelo que a sua privação constitui naturalmente um dano” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *op. cit.*, 2002, p. 316-317). Verifica-se semelhante linha de raciocínio na jurisprudência espanhola para as hipóteses de acidente automobilístico, como se depreende do seguinte julgado da *Audiencia Provincial* de Córdoba: “Se a mera titularidade de um veículo automotor particular implica uma faculdade indiscriminada de gozo do mesmo por parte do titular ou de quem este designe, sua privação ilegítima constitui por si mesma um prejuízo ressarcível (...)” (*Sección Primera*, Decisão n. 236/2012, julg. 23.5.2012. Tradução livre do original).

<sup>20</sup> Sem embargo das dificuldades atinentes à empreitada, não parece de todo correta a conclusão segundo a qual juridicamente “este instituto [o uso] não tem significação em nosso país” (PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924, p. 16). Por outro lado, também não se deve reduzir a questão ao ponto de se afirmar que o *uso* consiste em mero exercício de uma faculdade do domínio. Ao revés, conforme leciona Orlando GOMES, o “uso não consiste no desmembramento da faculdade de usar contida no domínio” (*Direitos reais*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 351), razão pela qual subsiste interesse na busca de um conceito autônomo para o mesmo. Digna de transcrição, neste ponto, a formulação elaborada por Carvalho Santos: “O direito de usar (...) corresponde ao *jus utendi* dos

trabalho, assumir-se-á como premissa a noção de que muito mais importante do que conceituá-lo é verificar se o uso recebe tutela jurídica autônoma (seja como faculdade ou, ainda, como autônoma situação jurídica subjetiva), a justificar que a sua privação (conquanto temporária) suscite a deflagração do dever de indenizar.<sup>21</sup>

Para tanto, faz-se útil perquirir a existência de hipóteses concretas de tutela do uso pelo ordenamento brasileiro. De início, no âmbito dos contratos em espécie, vale mencionar o artigo 582 do Código Civil,<sup>22</sup> que preceitua o dever do comodatário em mora de pagar aluguel até a efetiva restituição da coisa ao comodante. A propósito, equipara-se esse *aluguel-pena* a “um valor correspondente ao uso da coisa não autorizado, a ser arbitrado pelo comodante”.<sup>23</sup> Outra hipótese pertinente diz respeito ao artigo 37-A da Lei n. 9.514/1997, o qual estatui *taxa de ocupação* a ser paga pelo devedor-fiduciante ao proprietário que houver adquirido em hasta pública o bem imóvel que era objeto de alienação fiduciária em garantia.<sup>24</sup> A teor do mencionado dispositivo legal, tal taxa deve ser paga desde a hasta pública até a efetiva imissão do novo fiduciário na posse do imóvel, a fazer crer que a sua cobrança tem como escopo compensar o arrematante pelo período em que não pôde utilizar o bem adquirido.

213

Foi precisamente essa a conclusão alcançada pela 4ª Turma do STJ no julgamento do REsp 1.328.656/GO, de relatoria do Ministro Marco Buzzi. Na hipótese, discutia-se se a taxa

---

romanos, consistindo na faculdade de se servir da coisa, empregando-a em um uso que se possa reproduzir, o que pressupõe a ideia de que o uso não deve mudar a substância da coisa, embora esta se empregue nos diversos misteres a que se presta” (CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. v. VII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 277).

<sup>21</sup> Cf., no direito estrangeiro, TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013, p. 66. No direito brasileiro, é precisamente essa a lição de Eduardo Nunes de Souza, que sustenta que “mais importante do que identificar quais prerrogativas e quais deveres encontram-se ‘no interior’ de uma situação subjetiva e quais formam, por si mesmos, situações subjetivas autônomas é identificar que toda situação jurídica subjetiva tem por núcleo determinado interesse, e que a nenhum centro de interesses é possível atribuir apenas situações de vantagem ou de desvantagem. A própria noção de faculdade jurídica, compreendida pela melhor doutrina como o conteúdo de situações jurídicas subjetivas (e não uma situação autônoma), depende da relação concreta para a sua delimitação: ilustrativamente, a faculdade de uso que compõe o direito de propriedade passa a constituir o núcleo de uma situação jurídica subjetiva autônoma quando esse direito se decompõe no direito real limitado de uso” (SOUZA, Eduardo Nunes de. *Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos*. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-mar./2015, p. 9).

<sup>22</sup> Previsão semelhante pode ser encontrada no artigo 575 do Código Civil, no âmbito do contrato de locação, estatuindo-se *aluguel-pena* a ser pago pelo locatário previamente constituído em mora.

<sup>23</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina *et al.* *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 302.

<sup>24</sup> Vale rememorar que, via de regra, a instituição financeira credora-fiduciária (titular de propriedade resolúvel) não pode deter para si o bem dado em garantia na hipótese de inadimplemento do devedor-fiduciante, por força da vedação ao pacto comissório. Apesar de consolidar-se a propriedade resolúvel em domínio pleno, o fiduciário deve levar o bem a leilão, para levantamento dos recursos necessários à satisfação do crédito e entrega do saldo ao fiduciante ou sua apropriação pelo credor, mediante dação em pagamento, conforme procedimento regulado pelos artigos 26 e 27 da Lei n. 9.514/1997.

de ocupação pode ser cobrada pelo próprio credor que adjudica o bem<sup>25</sup> ou se, ao revés, essa seria uma prerrogativa atribuída apenas ao proprietário que adquire o bem imóvel em leilão, conforme leva a crer a literalidade do artigo 37-A da Lei n. 9.514/1997. Em superação da interpretação literal, o STJ chancelou a interpretação extensiva do dispositivo legal, por entender que a “*mens legis*, ao determinar e disciplinar a fixação da taxa de ocupação, tem por objetivo compensar o novo proprietário em razão do tempo em que se vê privado da posse do bem adquirido (...)”.<sup>26</sup>

Também na seara possessória se podem encontrar previsões legais consagradoras da tutela do uso. Por exemplo, ao analisar a indenização a que faz jus o possuidor turbado ou esbulhado na hipótese de cumulação de pedidos de que trata o artigo 921, I, do CPC/1973 (reproduzido sem alteração pelo artigo 555, I, do CPC/2015), Caio Mário da Silva Pereira leciona que, “na dedução lógica da regra, não são apenas os danos concretos, como a destruição da cerca ou a colheita da planta que se consideram”, mas também os demais danos diretamente decorrentes da turbação ou esbulho, como o trânsito pelo fundo e a ocupação da área.<sup>27</sup>

214

Direcionando brevemente os olhos ao direito administrativo, especificamente no tocante à figura da desapropriação, pode-se mencionar a incidência dos juros compensatórios (distintos dos juros moratórios) devidos ao proprietário desde a imissão provisória na posse pelo Poder Público, consoante previsão do artigo 15-A do Decreto-Lei n. 3.365/1941 e entendimento consolidado do STJ<sup>28</sup> e do STF.<sup>29</sup> Conforme lecionado pela doutrina especializada, “imissão provisória de posse é a transferência da posse do bem objeto da expropriação para o expropriante, já no início da lide, concedida pelo juiz”,<sup>30</sup> condicionada à declaração de urgência e ao depósito em juízo, em proveito do proprietário, de importância

<sup>25</sup> A possibilidade de adjudicação do bem pelo credor, após frustração dos leilões, é ressaltada pela doutrina. V., por todos, CHALHUB, Melhim Namem. Alienação fiduciária de bens imóveis. *Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais*: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 13.

<sup>26</sup> STJ, 4ª T., Rel. Min. Marco Buzzi, REsp 1.328.656/GO, julg. 18.8.2012, DJe 18.9.2012.

<sup>27</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. IV. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 61. Em sentido semelhante, vide GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 175).

<sup>28</sup> O entendimento do STJ encontra-se sumulado nos seguintes enunciados: “Enunciado n. 69 da Súmula do STJ. Na desapropriação direta, os juros compensatórios são devidos desde a antecipada imissão na posse e, na desapropriação indireta, a partir da efetiva ocupação do imóvel”; “Enunciado n. 113 da Súmula do STJ. Os juros compensatórios, na desapropriação direta, incidem a partir da imissão na posse, calculados sobre o valor da indenização, corrigido monetariamente”.

<sup>29</sup> A propósito, o STF editou o Enunciado n. 618 da sua Súmula: “Na desapropriação, direta ou indireta, a taxa dos juros compensatórios é de 12% (doze por cento) ao ano”.

<sup>30</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 898.

fixada segundo critério previsto em lei.<sup>31</sup>

Realizado o depósito e deferida a imissão provisória na posse, a lei admite que o expropriado requeira ao juiz o levantamento parcial do depósito prévio feito pelo ente expropriante, em proporção de até 80% da quantia depositada.<sup>32</sup> Sem prejuízo do depósito prévio e mesmo da complementação ao final do processo – ambos integram a indenização pela aquisição forçada da propriedade pelo Poder Público –,<sup>33</sup> são devidos juros compensatórios ao proprietário, na taxa de 12% e tendo como base de cálculo “a diferença eventualmente apurada entre 80% do preço ofertado em juízo e o valor do bem fixado na sentença”. Tais juros “são aqueles devidos pelo expropriante a título de compensação pela ocorrência da imissão provisória e antecipada na posse do bem”.<sup>34</sup>

Em cotejo do direito administrativo com o direito civil, pode-se afirmar que a incidência desses juros compensatórios se justifica precisamente pelo fato de que o proprietário que está sendo desapropriado não pode mais usar seu bem desde o deferimento da imissão provisória na posse. Parece estar-se diante, outrossim, de mais um exemplo do reconhecimento da relevância jurídica do uso.<sup>35</sup>

As hipóteses relatadas aparentam guardar uma relevante característica comum: a consequência jurídica da privação do uso – nas diversas figuras em que se manifesta – é devida independentemente da prova de outro prejuízo por parte do titular. Com efeito, tais hipóteses levam a concluir que não importam, em um primeiro momento, considerações sobre a destinação que o titular daria ao bem ou sobre aquela que o prejudicador efetivamente dispensou. Mais do que isso, todos esses casos parecem estar a demonstrar que o ordenamento jurídico brasileiro já prevê expressamente diversos mecanismos para tutelar a vítima de privação do uso sem a prova de prejuízos individualizados, sendo a indenização do dano

<sup>31</sup> “A imissão provisória de posse nos imóveis não regidos pelo Decreto-lei 1.075 se faz pelo depósito do valor do imóvel fixado para efeitos fiscais, isto é, pelo depósito do valor atribuído ao imóvel para efeitos de cobrança do imposto predial ou territorial, conforme o caso” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 899).

<sup>32</sup> Decreto-Lei n. 3.365/1941: “Artigo 33. O depósito do preço fixado por sentença, à disposição do juiz da causa, é considerado pagamento prévio da indenização. (...)§2º O desapropriado, ainda que discorde do preço oferecido, do arbitrado ou do fixado pela sentença, poderá levantar até 80% (oitenta por cento) do depósito feito para o fim previsto neste e no artigo 15, observado o processo estabelecido no artigo 34”.

<sup>33</sup> Vide CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 857.

<sup>34</sup> STF, ADI 2.332 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 05.09.2001, publ. 02.04.2004.

<sup>35</sup> No direito português, António dos Santos Abrantes GERALDES cogita da existência de um princípio geral que justificaria a indenização pela privação do uso, devida independentemente da consideração sobre a destinação que o proprietário daria ao bem ou daquela que o prejudicador efetivamente dispensou (GERALDES, António dos Santos Abrantes. *Temas da Responsabilidade Civil: Indemnização do Dano da Privação do Uso*. v. I. Coimbra: Almedina, 2007, p. 19 e segs.).

emergente decorrente da privação apenas mais um desses mecanismos. Sob outro ponto de vista, as hipóteses relatadas revelam que o sistema jurídico pátrio confere tutela jurídica autônoma ao uso, razão pela qual se tem afirmado que tal faculdade integra efetivamente o patrimônio do seu titular.<sup>36</sup>

Se essa tendência à tutela da prerrogativa de usar for de fato verdadeira, como parece, torna-se possível dela extrair, a um só tempo, duas conclusões coexistentes: por um lado, o evento lesivo de privação do uso pode acarretar um dano emergente autônomo – sem necessidade de demonstração de outros prejuízos patrimoniais –,<sup>37</sup> já que, em regra, toda lesão a situações jurídicas subjetivas pode ter como remédio a via ressarcitória;<sup>38</sup> por outro lado, impõe-se ressaltar que o caso concreto pode apresentar certas peculiaridades que levem à não configuração do dever de indenizar.<sup>39</sup> Sinteticamente, entre as correntes concretista (a exigir prova de prejuízo dito *concreto* que não a mera privação do uso) e abstracionista (a afirmar a indenizabilidade do *dano da privação do uso* independentemente de qualquer consideração sobre o exercício concreto pelo titular do bem), mais adequado parece ser o caminho do meio, em concretização do adágio latino: *in medio virtus* (“a virtude está no meio”).

<sup>36</sup> Essa é a conclusão de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão no direito português: “Efetivamente, o simples uso constitui uma vantagem susceptível de avaliação pecuniária, pelo que a sua privação constitui naturalmente um dano” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *op. cit.*, 2002, p. 316-317).

<sup>37</sup> A conclusão coincide com aquela alcançada, no direito português, por GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*. Porto: UCP, 1998, p. 274 e ss.; PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 578; GERALDES, António Santos Abrantes. *op. cit.*, 2007, p. 80; LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *op. cit.*, 2002, p. 316. Tal linha de entendimento é similar àquela pacificada pela *Corte di Cassazione* italiana. Vide, ilustrativamente, *III Sezione, Cass. Civ.* n. 13.215, julg. 14.4.2015; *VI Sezione, Cass. Civ.* n. 22.687, julg. 4.10.2013; *III Sezione, Cass. Civ.* n. 9.626, julg. 19.4.2013; *III Sezione, Cass. Civ.* n. 6.907, julg. 8.5.2012.

<sup>38</sup> “O requisito da injustiça do dano exprime a exigência de limitar a ressarcibilidade do dano decorrente de uma lesão da alheia situação juridicamente tutelada. (...) O inteiro sistema da responsabilidade civil se funda sobre a injustiça do dano, seja nas hipóteses de atividade ilícita, seja nas hipóteses de atividade lícita danosa. (...) Todavia, uma leitura teleológico-funcional do sistema traz à tona que ambos os remédios encontram fundamento em um dano injusto, originário da lesão a uma situação subjetiva tutelada pelo ordenamento” (PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, 2014, p. 899-900. Tradução livre do original).

<sup>39</sup> Assim, por exemplo, parece razoável concluir que não restará configurado o dever de indenizar nas hipóteses em que se constatar que o titular apresentava comportamento de *não uso* reputado ilegítimo pelo ordenamento jurídico, pois constituiria efetivo contrassenso lançar mão da responsabilidade civil para amparar uma pretensão que já se sabe não merecedora de tutela. Tampouco se configurará o dever de indenizar quando o titular supostamente privado do uso houver previamente optado por não exercer tal faculdade, por um imperativo lógico de que não se pode falar em *privação* quando o titular voluntariamente decidira não usar a coisa.

### 3 BREVE INCURSO SOBRE A EXPERIÊNCIA ESTRANGEIRA EM MATÉRIA DE PRIVAÇÃO DO USO

Na tarefa de perquirir a existência de dano patrimonial emergente *autônomo* (recorrentemente denominado *dano da privação do uso*)<sup>40</sup> em decorrência da supressão temporária da prerrogativa de usar, revela-se útil, desde logo, rememorar a distinção entre *dano direto* e *dano indireto* adotada por Karl Larenz, segundo o qual “dano direto é a modificação que se produz imediatamente nos bens afetados pelo evento produtor de dano”, ao passo que o dano indireto corresponde aos prejuízos “que sobrevêm mais tarde (...). À diferença do dano direto, não se conclui com o término do acontecimento que o produziu, ainda que na maioria dos casos se possa dizer antecipadamente que volume alcançará”.<sup>41</sup>

Tal distinção<sup>42</sup> serve a elucidar que o dano decorrente da privação do uso não costuma se consumir no exato instante do evento lesivo. Em geral, apenas o decurso do tempo poderá revelar se o titular sofreu dano injusto pela supressão temporária da faculdade de usar. Não se sustenta, com isso, a indenizabilidade do chamado dano hipotético – noção contraposta à certeza do dano, e não já ao seu caráter direto ou indireto. De fato, destaca a doutrina que a

217

<sup>40</sup> Na literatura especializada, é encontrada a expressão “dano da privação do uso”. Evitou-se, porém, a sua utilização, de modo a afastar dúvidas e esclarecer que a privação do uso pode ser mais bem compreendida como o evento lesivo (a supressão temporária da prerrogativa de usar) capaz de acarretar danos ressarcíveis os mais variados (na modalidade de dano patrimonial – dano emergente ou lucros cessantes – ou moral). Optou-se, ainda, pela utilização do atributo *autônomo* para se referir à hipótese de dano tratada especificamente neste item, sobre cuja configuração paira a dúvida sobre a necessidade de prova de denominados *prejuízos concretos*; *autônomo* seria, então, o dano independente da verificação de outros prejuízos, sem a pretensão de se invocar uma nova modalidade de dano ressarcível no direito brasileiro.

<sup>41</sup> LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958, p. 194. Tradução livre do original. No direito brasileiro, Orlando Gomes segue também a distinção entre *dano direto* e *dano indireto*, mas sua conclusão se atém ao entendimento supramencionado, já consolidado, de que é possível o ressarcimento de lucros cessantes, não se posicionando quanto ao dano emergente (GOMES, Orlando. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 51). Outra classificação pertinente envolve o dano concreto e o dano contabilístico, assim preconizada por Pontes De Miranda: “Dano concreto ou real é o que se expressa em perda de ou alteração de algum bem, ou lesão corporal ou psíquica, ou ofensa à saúde, ou outro bem jurídico. (...) Dano contabilístico é o dano que a pessoa sofre em algum bem ou em seu corpo ou psique, mas a expressão tem de ser em dinheiro. O que em verdade se perdeu ou o que em verdade se reduziu foi o valor do patrimônio ou das coisas de valor patrimonial futuro” (PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 94).

<sup>42</sup> Vale ressaltar que outros autores atribuem à mencionada classificação significados bastante diversos, menos relevantes para este estudo, como a doutrina que considera indireto o dano que não decorre direta e imediatamente do evento danoso (como o dano por ricochete). Por todos, vide FRANZONI, Massimo. *Trattato della Responsabilità Civile: il danno risarcibile*. v. II. Milão: Giuffrè, 2010, p. 69 e ss.

*certeza* do dano é requisito indispensável à deflagração do dever de indenizar,<sup>43</sup> mas que o dano não perde em certeza ou concretude por ser indireto. Reconhece-se, assim, que o dano pode se concretizar posteriormente à ocorrência do evento lesivo, desde que já se tenha certeza sobre sua existência (ainda que não sobre sua extensão)<sup>44</sup> quando do julgamento da causa.

Em que pese a recorrência da discussão sobre os danos decorrentes da privação do uso nos tribunais, a doutrina nacional ainda não dedicou ao tema a mesma atenção de outros ordenamentos, sobretudo no que tange ao dano emergente autônomo. Assim, revela-se útil aludir às soluções buscadas na experiência estrangeira, a fim de se compreender melhor a evolução e o estado atual da ciência jurídica sobre a temática. Neste aspecto, merecem especial atenção as práticas italiana, portuguesa e espanhola, por se tratar de países que têm conferido notável desenvolvimento à temática.

Na experiência italiana, cuja noção de *danno ingiusto* exerceu notável influência sobre o direito brasileiro,<sup>45</sup> a jurisprudência enfrentava considerável divergência acerca do chamado dano pela parada técnica (*danno da fermo tecnico*) de veículos como dano patrimonial autônomo, independente da prova do que com frequência se denominam “prejuízos concretos”. A questão dizia respeito à possibilidade de se reconhecer dano patrimonial em decorrência da privação do uso ainda quando nenhum outro prejuízo material (dano emergente ou lucro cessante) restasse demonstrado. Nas últimas décadas, tanto se proferiram decisões a exigir a prova dos chamados prejuízos concretos quanto decisões no sentido de que o evento lesivo de privação do uso gera um dano patrimonial autônomo, i.e., independente de outros danos patrimoniais porventura verificados.<sup>46</sup>

A segunda orientação, porém, veio a prevalecer no seio da *Corte di Cassazione* – instância máxima da Justiça comum italiana –, cuja *III Sezione*, em julgamentos recentes,

<sup>43</sup> Por todos, vide DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 825; BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale delle Obbligazioni*. v. III. Milão: Giuffrè, 1946, p. 1206; e LEITÃO, Luís Manuel de Menezes. *op. cit.*, p. 315-316.

<sup>44</sup> Não parece adequado afirmar, em tom apriorístico, que falta certeza aos danos experimentados pela vítima de privação do uso; maior dúvida normalmente existirá no tocante à extensão do dano, a repercutir sobre a quantificação do dever de indenizar.

<sup>45</sup> Entre outros, vide MORAES, Maria Celina Bodin de. *op. cit.*, 2010, . 326 e segs.; e SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, 2015, p. 122 e segs.

<sup>46</sup> Massimo Franzoni relata duas tendências jurisprudenciais italianas: uma a exigir a prova de prejuízos concretos, outra a afirmar a autonomia do dano da privação do uso (FRANZONI, Massimo. *op. cit.*, p. 195 e ss.).

superou a necessidade de prova de prejuízos concretos<sup>47</sup> e pacificou o entendimento segundo o qual o dano pela “parada técnica”, sofrido pelo proprietário de um automóvel pela impossibilidade de utilizá-lo durante o tempo necessário à sua reparação, “pode ser liquidado mesmo na ausência de uma prova específica, importando para esse fim a mera circunstância de que o lesado tenha sido privado do veículo por um certo tempo, ainda a prescindir do uso efetivo ao qual ele era destinado”.<sup>48</sup>

Importa observar que a jurisprudência italiana ressalta a possibilidade de liquidação equitativa do *danno da fermo tecnico*, apontando como importante fundamento da sua indenizabilidade a frustração de despesas ou investimentos efetuados pelo lesado.<sup>49</sup> Entende-se que o afastamento do dever de indenizar terminaria por produzir cenário de injustiça, pois o proprietário ou utilizador do veículo deveria permanecer suportando despesas correntes (e.g. imposto de propriedade e seguro) inutilmente, vez que não poderia usar o carro em situação de reparo.<sup>50</sup>

Na Espanha, por sua vez, não se tem uma posição consolidada do *Tribunal Supremo* sobre a autonomia do dano por privação do uso, mas parece prevalecer nas cortes regionais (*Audiencias Provinciales*) o entendimento de que a privação do uso acarreta um dano patrimonial *per se*. Como fundamento, os tribunais regionais apontam, para além do aspecto de frustração de despesas, a possibilidade de o proprietário legitimamente “esperar ter à sua inteira disposição o investimento durante toda a vida útil do veículo sem interrupções além das operações de manutenção ordinária”.<sup>51</sup> As cortes regionais espanholas, assim, presumem, de modo aparentemente majoritário, o prejuízo patrimonial ao lesado, tenha o veículo destinação comercial ou não. Entende-se que a mera privação do uso, acarrete ou não lucros cessantes, enseja um dano emergente relacionado ao prejuízo que a vítima experimenta em razão de não poder usar o veículo no qual fez vultoso investimento financeiro e arca

<sup>47</sup> Ilustrativo do entendimento já superado é o julgamento da *Cassazione Civile* n. 17.135, em 9.8.2011.

<sup>48</sup> *Corte di Cassazione, III Sezione, Cass. Civ.* n. 13.215, julg. 14.4.2015. Tradução livre do original. No mesmo sentido, cf. *VI Sezione, Cass. Civ.* n. 22.687, julg. 4.10.2013; *III Sezione, Cass. Civ.* n. 9.626, julg. 19.4.2013; *III Sezione, Cass. Civ.* n. 6.907, julg. 8.5.2012.

<sup>49</sup> Acerca da prática italiana de invocar a frustração de despesas como fundamento para se reconhecer o dano de privação do uso, vide o relato de Geraldese, António Santos Abrantes. *op. cit.*, p. 33.

<sup>50</sup> “Ora, o dano de parada técnica tem como pressuposto que o lesado haja suportado as despesas de gestão do automóvel, mesmo sem poder utilizá-lo, vez que o mesmo estava em reparação. Em outros termos, a locução individualiza um estado transitório do automóvel que gera danos ao seu proprietário ou utilizador que suporta os custos inutilmente” (*Corte di Cassazione, III Sezione, Cass. Civ.* n. 2.070, julg. 30.1.2014. Tradução livre do original).

<sup>51</sup> *A.P. Almería, Sección Tercera, Decisión* n. 115/2013, julg. 31.5.2013. Tradução livre do original.



continuamente com despesas fixas.<sup>52</sup>

Também em Portugal não se tem uma posição plenamente pacificada.<sup>53</sup> A propósito, analisando a evolução do tema na doutrina e jurisprudência portuguesas, António dos Santos Abrantes Geraldes identifica três principais propostas: i) tratar o dano decorrente da privação do uso como dano moral; ii) exigir a prova da existência de “prejuízos concretos” patrimoniais; iii) reconhecer o direito de indenização com fundamento na simples privação do uso normal do bem e independentemente de prova de outro prejuízo.<sup>54</sup> Superada há certo tempo a associação exclusiva ao dano moral, hoje é possível identificar as duas outras concepções na jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça,<sup>55</sup> sendo que nos julgados mais recentes parece haver relativa predominância do entendimento de que a indenizabilidade do dano por privação do uso depende da demonstração de algum outro “prejuízo concreto” por parte do lesado.<sup>56</sup>

Pondo-se de lado teses apriorísticas,<sup>57</sup> é possível perceber tentativa conciliatória em alguns julgados portugueses, nos quais se afirma que, apesar de a mera privação da prerrogativa de uso não bastar para a configuração de dano material, o reconhecimento deste pode decorrer de presunções judiciais referentes à normalidade das coisas.<sup>58</sup> Feito o breve

220

<sup>52</sup> Assim se pronunciaram *Audiencias Provinciales* variadas: *A.P. Bizkaia, Sección Tercera*, Decisão n. 352/2014, julg. 28.11.2014; *A.P. Cáceres, Sección Primera*, Decisão n. 342/2011, julg. 14.9.2011; *A.P. Huesca, Sección Primera*, Decisão n. 119/2011, julg. 16.5.2011; *A.P. Huesca, Sección Primera*, Decisão n. 134/2010, julg. 23.6.2010; *A.P. León, Sección Primera*, Decisão n. 27/2010, julg. 2.2.2010; *A.P. León, Sección Primera*, Decisão n. 129/2008, julg. 17.4.2008.

<sup>53</sup> Tamanha é a controvérsia que Paulo Mota Pinto chega a relatar que, em momento histórico já superado, a jurisprudência de Portugal firmara-se em sentido favorável à *autonomia* do dano decorrente da privação do uso (Pinto, Paulo Mota. *op. cit.*, p. 571-572).

<sup>54</sup> GERALDES, António dos Santos Abrantes. *op. cit.*, p. 41 e segs.

<sup>55</sup> Esse é o relato extraído do Acórdão de 28.9.2011 do Supremo Tribunal de Justiça, Proc. n. 2511/07: “(...) é possível identificar dois entendimentos distintos na jurisprudência do STJ: para determinado setor jurisprudencial, a privação do uso da coisa constitui, por si só, um dano patrimonial indenizável, visto que envolve, para o seu proprietário, a perda de uma utilidade, a de usar a coisa quando e como lhe aprouver, utilidade que, considerada em si mesma, tem um valor pecuniário; para outra orientação jurisprudencial, a privação do uso de uma coisa, por parte do seu proprietário, causada por terceiro, só é ressarcível, se aquele provar, como é ônus do lesado, quais os danos em concreto que decorrem da privação (...)”.

<sup>56</sup> A exigir a demonstração de prejuízos concretos, v. Acórdão de 3.10.2013, Proc. n. 9074/09; Acórdão de 3.10.2013, Proc. n. 1261/07. De outra parte, a consagrar a autonomia do dano decorrente da privação do uso, v. Acórdão de 18.12.2013, Proc. n. 2352/06; Acórdão de 8.5.2013, Proc. n. 3036/04.

<sup>57</sup> Crítica Paulo Mota Pinto: “A doutrina que tem tratado da matéria pronuncia-se favoravelmente a uma indenização pela privação do uso, embora sem aprofundar o problema de saber se deve atender-se à possibilidade de utilização concreta ou se estamos perante uma indenização avaliada de forma abstrata, resultante da simples afetação da possibilidade de utilização, como integradora das faculdades do proprietário” (PINTO, Paulo Mota. *op. cit.*, p. 572-573).

<sup>58</sup> Cf. Acórdão de 16.3.2011, Proc. n. 3922/07: “Quando a privação do uso recaia sobre um veículo automóvel, danificado num acidente de viação, bastará que resulte dos autos que o seu proprietário o usaria normalmente (o que na generalidade das situações concretas constituirá um facto notório ou poderá resultar de presunções

relatório da jurisprudência portuguesa, cabe apresentar alguns posicionamentos doutrinários acerca da indenizabilidade da privação do uso em Portugal.

Tal como os tribunais, a civilística portuguesa parece se dividir em duas principais linhas de entendimento. De uma parte, sustenta-se a insuficiência da pura alegação de privação da prerrogativa de usar, de modo que seria necessária a demonstração de “prejuízo concreto” ao titular em decorrência da perda temporária da possibilidade de utilização do bem.<sup>59</sup> De outra parte, pugna-se pelo reconhecimento da indenizabilidade do dano por privação do uso de *per se*.<sup>60</sup> Exponente da segunda corrente, António Santos Abrantes Geraldes aponta alguns argumentos como principais para o reconhecimento da autonomia do dano por privação do uso: além de afirmar que a faculdade de usar o bem integra o patrimônio do seu titular, o autor defende que a destruição total da coisa guarda semelhança com a privação temporária do uso, sendo sua distinção meramente quantitativa, com o que conclui que não se poderia deixar de impor o dever de indenizar na segunda hipótese.<sup>61</sup>

Traçado este panorama das experiências particulares de alguns países, vale destacar, no âmbito da experiência comunitária europeia, o Projeto de Quadro Comum de Referência (*Draft Common Frame of Reference*) de 2011, produto do esforço comum de juristas reunidos no âmbito da Comissão Europeia no intuito de esboçar regras de direito privado (especificamente em matéria de obrigações, responsabilidade civil e direitos reais) a serem adotadas pelos ordenamentos nacionais. No que tange ao objeto precípua do presente trabalho, o dispositivo VI.-2:206 prevê expressamente a privação do uso,<sup>62</sup> o que parece

221

---

naturais a retirar da factualidade provada) para que possa exigir-se do lesante uma indemnização a esse título, sem necessidade de provar directa e concretamente prejuízos efectivos. (...) É neste contexto que a privação do uso constitui, por si só, um prejuízo indemnizável”. No mesmo sentido, v. Acórdão de 22.4.2015, Proc. n. 666/04; Acórdão de 16.3.2010, Proc. n. 440/06; Acórdão de 9.3.2010, Proc. n. 1247/07.

<sup>59</sup> Essa é a posição sustentada, dentre outros, por PINTO, Paulo Mota. *op. cit.*, p. 594-596.

<sup>60</sup> A propósito, vide Luís Manuel Teles de Menezes Leitão: “Entre os danos patrimoniais, inclui-se naturalmente a privação do uso das coisas ou prestações, como sucede no caso de alguém ser privado da utilização de um veículo seu ou ser impedido de realizar uma viagem turística que tinha contratado” (LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *op. cit.*, 2002, p. 316).

<sup>61</sup> GERALDES, António Santos Abrantes. *op. cit.*, 2007, p. 30-31. O autor relata alguns exemplos recorrentes de privação do uso no direito português além da hipótese de abaloamento de veículos, envolvendo os seguintes contratos: locação; promessa de compra e venda; comodato; e depósito (GERALDES, António Santos Abrantes. *op. cit.*, 2007, p. 91 e ss.).

<sup>62</sup> *Verbis*: “VI.-206: Prejuízo pela violação da propriedade ou posse justa – (1) O prejuízo causado a uma pessoa como resultado de violação da propriedade ou posse justa daquela pessoa sobre um bem móvel ou imóvel constitui um dano legalmente relevante. (2) Neste artigo: (a) O prejuízo inclui a privação do uso da propriedade; (b) A violação de um direito de propriedade inclui a destruição ou deterioração do conteúdo do direito (dano à propriedade), disposição do direito, interferência no seu uso ou outro distúrbio no exercício do direito”

traduzir certa tendência ao reconhecimento de tal hipótese de dano patrimonial independentemente da prova de outros “prejuízos concretos”. Sem embargo dessa aparente tendência europeia – de que são expoentes a Itália e a Espanha, conforme supramencionado –, ainda se podem observar entendimentos os mais variados nos sistemas jurídicos. A própria justificativa do Projeto de Quadro Comum de Referência relata a situação peculiar de alguns Estados, como a França e a Alemanha.<sup>63</sup>

Como registrado no mencionado relatório, a doutrina francesa aponta a necessidade de ressarcimento não somente dos custos do reparo, mas também da depreciação do valor de mercado da coisa, que traduziria dano autônomo em face da deterioração do bem. A jurisprudência alemã, por seu turno, parece reconhecer dano emergente apenas em se tratando de bens de uso essencial e mediante a demonstração de *prejuízos concretos* – em que pese remontar ao BGH a mencionada decisão paradigmática sobre o dano por privação do uso como dano patrimonial autônomo.<sup>64</sup>

222

#### 4 O CERNE DA CONTROVÉRSIA: POSSIBILIDADE DE DANO EMERGENTE *AUTÔNOMO* EM DECORRÊNCIA DA PRIVAÇÃO DO USO NO DIREITO BRASILEIRO

De um ponto de vista sistemático, tem-se conferido à presente matéria escassa atenção no ordenamento pátrio, particularmente em sede doutrinária. Ainda assim, podem-se delinear, tal como na experiência estrangeira, duas principais linhas de entendimento acerca da viabilidade de um dano emergente autônomo pela privação do uso. Observam-se, com efeito, desde propostas que condicionam a indenizabilidade dos danos decorrentes da privação do uso à comprovação dos chamados “prejuízos patrimoniais concretos” até construções teóricas

---

(Disponível em <[http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)>, p. 3.191. Acesso em 21.10.2015. Tradução livre do original).

<sup>63</sup> O breve relato da experiência francesa e alemã foi extraído do Projeto de Quadro Comum de Referência da União Europeia (disponível em <[http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)>, pp. 3.213-3.219. Acesso em 21.10.2015).

<sup>64</sup> Júlio Manuel Vieira Gomes analisa a evolução jurisprudencial alemã após a decisão paradigmática do BGH no *Seereisefall*: “A partir desta primeira decisão a evolução da jurisprudência alemã-ocidental foi das mais curiosas, sugerindo a atitude de quem tendo erguido ao de leve a tampa do cofre de Pandora e na impossibilidade de fechá-lo por completo pretende, ao menos, evitar que dele se escapem todos os males. Com efeito, em breve se começou a exigir que a perda da possibilidade de utilização do veículo fosse ‘sensível’ para o seu titular” (GOMES, Júlio Manuel Vieira. *op. cit.*, 1986, p. 180).

que acenam para a possibilidade de se considerar a hipótese em comento como fonte de um dano patrimonial ressarcível independentemente da prova de outros prejuízos.

A primeira corrente argumenta que a privação do uso traduziria suporte fático apto a ensejar dano patrimonial (dano emergente ou lucro cessante) ou até mesmo extrapatrimonial, em qualquer caso dependente de prova de prejuízo dito *concreto*.<sup>65</sup> A mera privação da prerrogativa de usar não bastaria, assim, à deflagração do dever de indenizar, para o que seria imprescindível a demonstração de algum prejuízo relacionado ao evento lesivo.<sup>66</sup> Nesse sentido, afirma-se que não haveria dano “na simples privação da possibilidade abstrata de utilização contida no direito de uso e gozo do bem por seu titular”,<sup>67</sup> sustentando-se que seria sempre preciso analisar as vantagens afetas ao exercício concreto da prerrogativa por parte de seu titular.

A segunda corrente, a seu turno, sustenta que a privação do uso em si considerada já é suficiente a ensejar dano material ressarcível, uma vez que a supressão temporária da faculdade de usar traduz, em si e por si, afronta a uma parcela do feixe de poderes atribuídos ao proprietário e juridicamente tutelados.<sup>68</sup> No clássico exemplo do abaloamento de veículo, seria especialmente sensível a injustiça do dano por privação do uso em decorrência da desvalorização extraordinária acometida ao bem.<sup>69</sup>

Ao reconhecer tal supressão de parte dos poderes inerentes ao domínio, nomeadamente da faculdade de usar, sustenta essa corrente a indenizabilidade do dano da privação do uso

<sup>65</sup> Nesse sentido, vide TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v. 9, n. 3, set.-dez/2014, p. 1.625.

<sup>66</sup> Conforme já se pôde relatar, esse também é o entendimento adotado por Paulo Mota Pinto à luz do direito português (PINTO, Paulo Mota. *op. cit.*, p. 594-596).

<sup>67</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde. *op. cit.*, p. 1.625.

<sup>68</sup> Ao se referir ao proprietário lesado, não se está a restringir a essa hipótese a possibilidade de privação do uso como dano injusto. Com efeito, todo legítimo titular da prerrogativa de usar pode, via de regra, reclamar indenização pela supressão temporária da referida utilidade.

<sup>69</sup> Vale transcrever, a propósito, a lição de Gisela Sampaio da Cruz Guedes ao analisar especificamente a hipótese da privação do uso de veículo automotor: “Nessa ordem de ideias, é preciso reconhecer que, quer como instrumento de trabalho, quer como simples bem de consumo destinado ao lazer, o fato é que todo veículo tem um determinado período de vida útil cujo decurso se repercute na redução de seu valor comercial, pelo que é possível encontrar para determinado período de tempo a quota-parte da desvalorização. Quando se trata de veículo pertencente a uma empresa ou profissional liberal, esta desvalorização se torna mais evidente, já que, em tais situações, para efeitos contábeis ou fiscais, os bens ficam sujeitos à amortização. Nesse sentido, não se pode negar que a privação do uso de um veículo, desacompanhada de sua substituição por outro ou do pagamento de quantia bastante para alcançar o mesmo efeito, reflete o corte definitivo e irrecuperável de uma fatia dos poderes inerentes ao proprietário” (GUESDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 156).

sempre que, consideradas as peculiaridades e os interesses envolvidos no caso concreto,<sup>70</sup> esse dano se reputar injusto, independentemente da prova de qualquer outro prejuízo material – ou, em outras palavras, de qualquer redução patrimonial permanente.

Diante das soluções e entendimentos expostos, parece mais consentânea com a lógica do sistema a conclusão alcançada por esta última corrente. De fato, o dano por privação do uso pode ser material ou moral, consoante se considere que o interesse lesado pela não fruição da específica vantagem seja patrimonial ou não. Em qualquer caso, porém, referido dano (particularmente, em se concluindo por sua natureza material), não pode ter sua configuração e indenizabilidade atreladas à verificação de uma redução permanente do patrimônio da vítima, uma vez que esse critério não parece capaz de apreender todas as possíveis lesões ao interesse juridicamente tutelado do uso.

Conforme se buscou demonstrar mais acima, parece imperiosa a constatação de uma larga tendência à tutela autônoma da prerrogativa de usar no direito brasileiro. Todas as hipóteses citadas (aluguel-pena, taxa de ocupação, indenização em ações possessórias, juros compensatórios na desapropriação) apresentam uma característica comum: a consequência jurídica da privação do uso é deflagrada independentemente da prova de outro prejuízo por parte do titular. Tal característica parece decorrer do fato de a prerrogativa de uso (como parte do conteúdo de uma situação jurídica subjetiva ou situação jurídica autônoma) integrar o patrimônio do seu titular. De fato, quem realiza aporte financeiro para adquirir o domínio (ou outro direito real ou obrigacional) sobre uma coisa passa a titularizar a prerrogativa de usá-la sem interferências alheias. Não é diverso o raciocínio na aquisição gratuita da prerrogativa de usar, que não se confunde com aquisição sem título e, assim, merece a mesma tutela jurídica.

Trazida tal conclusão para a responsabilidade civil, e à luz dos exemplos colhidos da experiência europeia, não há lógica em se condicionar a tutela reparatória do uso à prova dos ditos “prejuízos concretos”. Ora, se o ordenamento confere tutela autônoma à faculdade de usar, seria contraditório supor que a sua supressão temporária somente traduziria dano ressarcível se provados *outros* prejuízos. Tal raciocínio, além de violar a lógica do sistema da responsabilidade civil, ainda compromete o princípio constitucional da isonomia, particularmente em hipóteses que envolvam o aluguel de coisa semelhante. Pense-se no caso em que a vítima de abaloamento de automóveis celebre locação de veículo semelhante

<sup>70</sup> Inclusive aquelas capazes de afastar o dever de indenizar, tais como a substituição da coisa avariada ou garantia de resultado equivalente.

durante o período de reparo e pleiteie em juízo o ressarcimento por tal despesa (a título de dano emergente). Sua pretensão não encontrará maior resistência, sem que se lhe exija qualquer prova do uso efetivo do bem alugado. Por que não se reconheceria, então, o direito à reparação pelo dano emergente autônomo em decorrência da privação do uso à vítima que não dispunha de meios suficientes para a locação de coisa semelhante? O retoricismo do questionamento não pretende mais do que alertar para a necessidade de tratamento isonômico das vítimas de privação do uso que se encontrarem em situação substancialmente semelhante.<sup>71</sup>

Por certo, o que se exige para a deflagração do dever de indenizar, para além do nexo causal e da culpa ou regime de responsabilidade objetiva, é a configuração de dano ressarcível.<sup>72</sup> Desse modo, sempre que na hipótese de privação do uso se verificar, na ponderação dos valores em rota potencial de colisão, que restaram violados os interesses mercedores de tutela no caso concreto, estar-se-á diante de dano injusto e, portanto, ressarcível, apto a deflagrar o dever de indenizar.<sup>73</sup> Condicionar a reparação do dano emergente autônomo pela privação do uso à prova de outros prejuízos equivaleria, em última instância, a instituir uma malfadada tarifação dos danos ressarcíveis, como se ao intérprete-aplicador do direito se conferisse uma discricionária possibilidade de gradação da importância dos danos em razão do seu vulto ou da sua importância.<sup>74</sup>

Ilustrativamente, ainda no clássico exemplo do abalroamento de veículos, pode-se inferir que o condutor que sofre a colisão certamente não perde a titularidade da coisa danificada, mas, ainda assim, tem direito a ser ressarcido, em princípio, pela paralisação do carro na oficina. De fato, o interesse da vítima não restaria plenamente satisfeito pelo mero conserto, devendo-se ter em conta o prejuízo sofrido pelo titular injustamente privado da faculdade de usar a coisa por certo lapso temporal.<sup>75</sup> Está-se diante de mais um caso de evento danoso dentre os que se convencionaram designar *novos danos*, já que sua verificação parte

<sup>71</sup> Em sentido semelhante, vide GERALDES, José dos Santos Abrantes. *op. cit.*, p. 65.

<sup>72</sup> “O interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano é causa geradora da responsabilidade civil” (DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 43).

<sup>73</sup> V. GOMES, Orlando. Tendências modernas na teoria da responsabilidade civil, *cit.*, pp. 294 e segs.

<sup>74</sup> A propósito do dano ressarcível, vide PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 56.

<sup>75</sup> “A reparação mediante a entrega de novo carro ou conserto integral, que Santos Briz ‘repetidamente’ alude como ‘restituição *in natura*’, não representa o ressarcimento integral. Há que levar em consideração os gastos que o prejudicado suportou, ficando privado dele: perda das vantagens de seu uso, necessidade de alugar outro, privação dos rendimentos se se trata de profissional (taxista, por exemplo)” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *op. cit.*, p. 300-301).

mais de um juízo de injustiça do dano do que propriamente da constatação de uma lesão permanente à titularidade ou à integridade da coisa atingida.

Vale frisar, porém, que, nos chamados *novos danos*, a *novidade* reside apenas no reconhecimento da possibilidade de lesão injusta a um bem jurídico que não se reputava tradicionalmente passível de tutela ressarcitória. Para além disso, não há inovação quanto à natureza do dano a ser reparado:<sup>76</sup> a técnica da reparação continua atrelada aos mecanismos tradicionais do dano patrimonial ou moral. Por tal razão, parece preferível designar como “privação do uso” o próprio evento danoso, que pode fazer surgir para a vítima o direito a reclamar uma série de parcelas indenizatórias, a depender da natureza dos prejuízos constatados no caso concreto, os quais podem assumir a forma de dano moral ou patrimonial (na forma de dano emergente ou lucros cessantes).

Tomando por base a distinção proposta por Antonio Junqueira de Azevedo entre dano-evento e dano-prejuízo,<sup>77</sup> poder-se-ia dizer que a privação do uso (entendida como a supressão temporária da prerrogativa de usar) constitui um dano-evento, incapaz de deflagrar, por si só, o dever de indenizar. Para que se caracterize um dano ressarcível (dano-prejuízo), será necessário que o intérprete investigue se a prerrogativa de usar violada pode ser reputada merecedora de tutela à luz da axiologia constitucional.<sup>78</sup> Em se concluindo que tal faculdade deve preponderar sobre os outros interesses contrapostos no caso concreto, verificar-se-á dano injusto e, portanto, ressarcível. Por outro lado, caso o juízo valorativo revele que não houve dano injusto em decorrência da alegada violação da prerrogativa de usar, não surgirá o dever de indenizar.

226

<sup>76</sup> Segue-se, assim, caminho diverso daquele percorrido, por exemplo, na história recente da responsabilidade civil brasileira pelo dano estético – que, no entendimento do STJ, corresponderia a uma espécie de prejuízo de natureza diversa do dano material e do dano moral (enunciado n. 387 da Súmula do STJ: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”).

<sup>77</sup> Conforme leciona Antonio Junqueira de Azevedo sobre a referida distinção: “É que, na língua portuguesa, à semelhança de outras línguas latinas, os vocábulos ‘lesão’, ‘dano’ e, até mesmo, ‘prejuízo’ vêm muitas vezes com dois significados; ora são usados para o ato que viola o bem juridicamente protegido, ora para significar o prejuízo resultante dessa violação. O mesmo ocorre, em francês, com as palavras ‘dommage’ (originada de ‘damnum’) e ‘prejudice’ (...). O ideal seria sempre se referir a dano-evento (1º momento) e a dano-prejuízo (2º momento); o dano-evento pode ser ou na pessoa ou no patrimônio ou na figura social da pessoa ou, até mesmo, em terceiro, enquanto o dano-prejuízo, como consequência daquele, somente pode ser patrimonial ou não patrimonial (dano moral)” (AZEVEDO, Antonio Junqueira. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul.-set./2015, p. 11).

<sup>78</sup> Sobre o controle de merecimento de tutela, vide, no direito italiano, PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. *Rassegna di Diritto Civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010. No direito brasileiro, cf. SOUZA, Eduardo Nunes de. *op. cit.*, 2014, passim.

Por evidente, todo o exposto acerca do dano emergente autônomo decorrente da supressão temporária da prerrogativa de usar (usualmente denominado *dano da privação do uso*) não exclui, mas antes corrobora, a cumulatividade com outras parcelas indenizatórias tradicionalmente reconhecidas. Assim, é plenamente possível, inclusive, a cumulação do dano autônomo em comento com danos emergentes de natureza permanente (o valor dispendido com o conserto do carro, por exemplo).

## 5 HIPÓTESES DE CONFIGURAÇÃO DE LUCROS CESSANTES

Demonstrada a possibilidade, em linha de princípio, de reconhecimento de dano emergente autônomo em decorrência da privação do uso, cumpre mencionar outras hipóteses de danos decorrentes do mesmo evento lesivo, já reconhecidas de mais longa data por doutrina e jurisprudência pátrias. Nesse sentido, uma significativa tendência jurisprudencial reconhece a indenizabilidade de lucros cessantes em situações de privação do uso. Tais situações podem ser divididas em dois principais grupos. O primeiro deles diz respeito ao adquirente que se vê privado do uso de imóvel recém-comprado em decorrência de atraso culposo do alienante na entrega do bem. Em tais situações, o STJ parte da presunção de que o adquirente sofre lucros cessantes,<sup>79</sup> atribuindo ao alienante a responsabilidade como decorrência da mora contratual.<sup>80</sup>

O segundo grupo mais frequente de danos por privação do uso enquadrados como lucros cessantes envolve os casos em que o proprietário (ou titular de outro direito sobre o imóvel) sofre esbulho ou turbação e, conseqüentemente, vê prejudicado o exercício da sua posse. Diante de tal situação, o STJ igualmente presume a ocorrência de lucros cessantes, por entender que, uma vez demonstrada “a ilegalidade da privação da posse de imóvel, presume-se a ocorrência de lucros cessantes em favor do seu proprietário, correspondentes aos aluguéis

227

<sup>79</sup> Ilustrativamente, v. STJ, 3ª T., AgRg no AREsp 748.501/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze. Julgado em 13.10.2015. DJe 23.10.2015. Semelhante linha de entendimento é perfilhada pelos tribunais estaduais, a ressaltar a possibilidade de presunção de lucros cessantes em decorrência da impossibilidade de o lesado utilizar o imóvel para residência própria ou para locação a terceiros. Nesse sentido, v. TJSP, 3ª CDP, AC 40137431520138260564, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles. Julgado em 27.1.2015. Publicado em 27.1.2015; TJRJ, 8ª CC, AC 0269897-46.2011.8.19.0001, Rel. Des. Monica Costa di Piero. Julgado em 15.9.2015. Publicado em 18.9.2015.

<sup>80</sup> Subjaz a esse entendimento a compreensão de que o devedor inadimplente responde por todos os riscos da mora, nos termos do artigo 395 do Código Civil.



que deixou de auferir no período”.<sup>81</sup>

A análise detida da matéria revela que o referido entendimento jurisprudencial, embora louvável, não é imune a críticas. Isso porque, arrefecida antiga controvérsia, prevalece contemporaneamente o entendimento de que basta a demonstração da probabilidade objetiva para a configuração de lucros cessantes. Entre a mera possibilidade (por demais abstrata para deflagrar o dever de indenizar) e a certeza absoluta (a qual poderia tornar quase inviável, no plano fático, a integral reparação dos prejuízos experimentados pelo lesado), tem-se admitido que a solução adequada seria a exigência de probabilidade objetiva para configuração de lucros cessantes.<sup>82</sup> Partindo desse pressuposto, não parece de todo adequado o entendimento consolidado da jurisprudência do STJ segundo o qual se podem *presumir* lucros cessantes nas variadas hipóteses fáticas em que o titular se vê temporariamente privado do uso de um imóvel.<sup>83</sup>

De fato, a presunção de lucros cessantes à revelia de elementos concretos que indiquem a probabilidade objetiva de lucro consagra autêntico dano hipotético, em oposição à larga tradição brasileira de afirmar a *certeza do dano* como requisito indispensável para o surgimento do dever de indenizar.<sup>84</sup> Portanto, e sem embargo do louvável esforço que subjaz a tal compreensão, parece mais consentâneo com a lógica do sistema concluir pela impossibilidade de reparação por lucros cessantes quando não houver sequer prova mínima daquilo que o lesado “razoavelmente deixou de lucrar” (na expressão do artigo 402 do Código

228

<sup>81</sup> STJ, 3ª T., REsp 214.668/SP, Rel. Min. Castro Filho. Julgado em 19.9.2006. DJ 23.10.2006. Em sentido semelhante, vide STJ, 4ª T., AgRg no REsp 826.745/RJ, Rel. Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 9.3.2010. DJe 22.3.2010. Também nessas situações os tribunais estaduais parecem seguir, em tom predominante, o entendimento do STJ, a estatuir a presunção de lucros cessantes sofridos pelo proprietário esbulhado ou turbado. Ilustrativamente, v. TJSP, 18ª CDP, AC 00014148920108260549, Rel. Des. Carlos Alberto Lopes. Julgado em 19.3.2014. Publicado em 26.3.2014; TJMG, 18ª CC, AC 10134100121869001, Rel. Des. Mota e Silva. Julgado em 21.7.2015. Publicado em 23.7.2015.

<sup>82</sup> Assim conclui DIAS, José de Aguiar. *op. cit.*, p. 827.

<sup>83</sup> Essa é a crítica de Gisela Sampaio da Cruz Guedes: “Seja como for, ainda que não se reconheça o dano de privação de uso como figura autônoma – no Brasil, particularmente, tal discussão sequer alcançou os foros estaduais e a doutrina –, o fato é que não faz o menor sentido enquadrar no âmbito dos lucros cessantes prejuízos dessa índole. (...) Poder-se-ia, quando muito, aventar aí uma nova categoria de dano – como o fez o direito português, ao cogitar do chamado ‘dano de privação do uso’ –, com todos os problemas daí decorrentes, mas nunca utilizar o mecanismo da presunção, que tem por objetivo facilitar a prova do dano, para enquadrar na moldura dos lucros cessantes um eventual prejuízo que nada tem a ver com esta faceta do dano patrimonial” (GUESDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros cessantes*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 158).

<sup>84</sup> Acerca do recurso ao critério da probabilidade objetiva para aferição dos lucros cessantes, vide GUESDES, Gisela Sampaio da Cruz. *op. cit.*, p. 347-348.

Civil).<sup>85</sup>

A questão torna-se ainda mais relevante em casos nos quais, por força de vedação legal ou contratual, seria virtualmente impossível ao proprietário do bem dá-lo em locação ou extrair qualquer espécie de lucro do mesmo, o que cria perplexidades no que tange à aludida presunção de lucros cessantes. Assim, ilustrativamente, no primeiro grupo de exemplos citado no início deste item, referente ao atraso injusto na imissão da posse de imóvel, são frequentes as hipóteses em que tal aquisição se deu no âmbito de programas de financiamento que impedem a locação do bem, como o Programa Minha Casa Minha Vida do Governo Federal, regulamentado pela Lei n. 11.977/2009.<sup>86</sup> Em casos como esses, afirmar que o adquirente faz jus, como no entendimento do STJ, a lucros cessantes presumidos, normalmente calculados com base no valor do aluguel de imóveis semelhantes (que jamais poderia ser auferido caso tivesse ocorrido a tempestiva imissão na posse), resulta em verdadeira contradição em termos. A louvável sensibilidade dos tribunais à injustiça de tais situações talvez acabasse melhor satisfeita pela reparação, não de lucros cessantes cuja razoabilidade não possa ser demonstrada (ou, ainda, que já se saiba de antemão que não poderiam ser obtidos), mas por meio do já comentado dano emergente autônomo que decorre da privação do uso.

229

Por outro lado, na hipótese de efetiva demonstração de lucros cessantes, isto é, havendo probabilidade objetiva de lucro que se extrairia do bem cuja utilização foi negada ao titular, a presente linha de raciocínio não autoriza concluir, como poderia parecer em um primeiro olhar, no sentido da cumulatividade das parcelas indenizatórias referentes aos lucros cessantes e ao dano emergente (autônomo) pela privação do uso. Isso porque a presunção (relativa) de dano emergente em decorrência da privação do uso pressupõe justamente que o titular faria um uso médio ou normal da coisa durante a sua vida útil caso a tivesse à disposição, sem precisar comprovar pormenorizadamente cada finalidade com que a empregaria. Ora, caso o lesado faça prova dos lucros cessantes, à luz do critério da probabilidade objetiva, não haverá razão para se presumir que empregaria também a coisa em atividades diversas daquela em que

<sup>85</sup> O entendimento ora exposto remete, em verdade, à antiga jurisprudência do STJ, ilustrada pelo seguinte julgado: “Tanto a jurisprudência como a mais abalizada doutrina são uníssonas no sentido de que a indenização por lucros cessantes somente é devida quando demonstrado o prejuízo” (STJ, 5ª T., REsp 194.483/RN, Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em 18.2.1994. DJ 12.4.1999). No mesmo sentido, v. STJ, 4ª T., REsp 72.998/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Julgado em 17.3.1998. DJ 8.6.1998.

<sup>86</sup> A referida vedação costuma constar expressamente dos contratos de financiamento celebrados com a Caixa Econômica Federal por beneficiários do Programa pertencentes a determinada faixa de renda. A Lei n. 11.977/2009, ademais, prevê, em seus arts. 7º e 14, a imposição da devolução do valor subvencionado para o adquirente que der destinação ao imóvel diversa da finalidade perseguida pela lei.

auferiria lucro.

Outro recorrente caso de lucros cessantes por privação do uso se presta a ilustrar o quanto exposto. Trata-se da hipótese do taxista que se vê impedido de exercer sua profissão em razão da necessidade de paralisar seu veículo para reparos, seja em virtude de defeito imputado à fabricante, seja em virtude de abaloamento.<sup>87</sup> Nessas hipóteses, a jurisprudência reconhece os lucros cessantes, consistentes na fêria média que o taxista deixou de lucrar. Destaca-se, porém, a necessidade de se abaterem da indenização as despesas com as quais o taxista ordinariamente deveria arcar,<sup>88</sup> sob pena de enriquecimento sem causa.

O exemplo do taxista ainda se presta a esclarecer um último ponto: a violação de cada situação jurídica subjetiva pode se manifestar, em matéria indenizatória, tanto como dano emergente quanto como lucros cessantes, sem que haja uma vinculação apriorística entre faculdade de usar e dano emergente, de um lado, ou entre faculdade de fruir e lucros cessantes, de outro lado. Os lucros cessantes, por exemplo, podem se referir à violação da faculdade de usar (caso do taxista) como à violação da faculdade de fruir (caso do aluguel cobrado pelo locador de imóvel). O que importa é que a indenização leve em consideração a destinação específica do bem no caso concreto,<sup>89</sup> com o que se conclui que o reconhecimento dos danos por privação do uso deve levar em consideração, necessariamente, o aproveitamento concreto do bem atingido.

230

## 6 HIPÓTESES DE CONFIGURAÇÃO DE DANOS MORAIS

Analisadas as possibilidades de danos patrimoniais em decorrência da supressão temporária da faculdade de usar, cumpre investigar a possibilidade de danos morais decorrerem da privação do uso. Tal tarefa faz-se de especial importância em razão de a

<sup>87</sup> TJRJ, 22ª CC, AC 0213680-46.2012.8.19.0001, Rel. Des. Carlos Eduardo Moreira Silva. Julgado em 29.9.2015. Publicado em 1.10.2015: “Colisão na traseira lateral do veículo do Autor. (...) Restou incontroversa a responsabilidade do primeiro Réu e o dever deste e da Seguradora a indenizarem o Autor, taxista profissional, por lucros cessantes durante o prazo pelo qual o veículo permaneceu em conserto”.

<sup>88</sup> Ilustrativamente, v. TJRJ, 17ª CC, AC 0037209-10.2014.8.19.0001, Rel. Des. Flavia Romano de Rezende. Julgado em 30.9.2015. Publicado em 2.10.2015.

<sup>89</sup> Acerca da análise funcional a presidir a disciplina dos bens jurídicos, vide PERLINGIERI, Pietro. *op. cit.*, p. 170. Na doutrina brasileira, aduz Gustavo Tepedino: “O significado do bem jurídico depende essencialmente do interesse que o qualifica e, portanto, sua classificação há de ser apreendida na esteira da função que o bem desempenha na relação jurídica”. TEPEDINO, Gustavo. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: VENTOSA, Silvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coords.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 50.

jurisprudência pátria reiteradamente resolver litígios envolvendo a privação do uso por meio da compensação de danos morais. Ilustrativas dessa linha de entendimento são as hipóteses fáticas muito usuais em que o proprietário de um automóvel zero quilômetro é surpreendido pela existência de diversos vícios que comprometem significativamente a qualidade e segurança do veículo recém-adquirido – o qual precisa, por isso, passar longo período em oficina mecânica para reparo.

O STJ apresenta entendimento sedimentado no sentido de que o adquirente de veículo zero quilômetro faz jus à compensação por dano moral nessas ocasiões. A Corte parece ter pacificado, assim, a tese favorável ao cabimento da “indenização por dano moral quando o consumidor de veículo zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparo de defeitos apresentados no veículo adquirido”,<sup>90</sup> não constituindo tal hipótese mero dissabor não indenizável.<sup>91</sup> Pode-se dizer que a presente solução – predominante tanto no STJ quanto nos Tribunais de Justiça – assemelha-se àquela alcançada pela jurisprudência italiana diante do que veio a ser batizado como *dano da moto nova*. Na hipótese, dois sujeitos presos em flagrante ao tentar furtar uma moto foram condenados, na esfera cível, não apenas à reparação dos danos patrimoniais, mas também à compensação do *danno morale affettivo*, decorrente “do fato de existir um intenso vínculo afetivo entre a vítima e o objeto, já que a moto era nova e havia sido adquirida com o primeiro salário do seu proprietário”.<sup>92</sup>

Diante da expressiva tendência jurisprudencial, incumbe cogitar da relação dos danos morais com o evento lesivo da privação do uso. Como se sabe, encontram-se no direito pátrio proposições teóricas que enquadram a privação do uso na categoria dos danos extrapatrimoniais, ao considerarem que os transtornos decorrentes, por exemplo, da

<sup>90</sup> STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 60.866/RS, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 15.12.2011. DJe 1.2.2012. No mesmo sentido, vide, por todos, STJ, 4ª T., AgRg no AREsp 453.644/PR, Rel. Min. Raul Araújo. Julgado em 21.5.2015. DJe 22.6.2015. É semelhante a solução alcançada pelos tribunais estaduais diante do caso do veículo zero quilômetro. Ilustrativamente, vide TJRJ, 25ª CC, AC 0029347-74.2008.8.19.0202, Rel. Des. Leila Albuquerque. Julgado em 24.11.2014. Publicado em 25.11.2015.

<sup>91</sup> Nesse sentido, vide STJ, 4ª T., REsp 1.232.661/MA, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti. Julgado em 3.5.2012. DJe 15.5.2012: “(...) A jurisprudência do STJ, em hipóteses de aquisição de veículo novo com defeito, orienta-se no sentido de que não cabe indenização por dano moral quando os fatos narrados estão no contexto de meros dissabores, sem humilhação, perigo ou abalo à honra e à dignidade do autor (...)”.

<sup>92</sup> SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, 2015, p. 95. Após relatar o caso, o autor conclui que, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, não se poderia alcançar semelhante conclusão: “O tecido normativo impõe concluir, deste modo, que a temporária privação de bem material que tenha valor afetivo não consiste, a princípio, em um interesse tutelado, sequer em abstrato, pelo ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual dano em sentido jurídico não pode, neste caso, existir. Nem se pode identificar no direito positivo princípio ou cláusula geral que tutele esta insatisfação pela privação provisória de um bem material” (SCHREIBER, Anderson. *op. cit.*, 2015, p. 179).

indisponibilidade de um veículo traduzem danos “extrapatrimoniais atinentes à vida de relação, pois causaram prejuízos às atividades habituais da pessoa”.<sup>93</sup> Na jurisprudência do STJ e dos Tribunais de Justiça também não faltam decisões a resolver o problema da privação do uso pela compensação de danos morais. Em sentido diverso, sustenta-se que, se a prerrogativa de usar integra o patrimônio do titular lesado e possui expressão econômica, sua privação causaria dano necessariamente de ordem material.<sup>94</sup> Afirma-se, a propósito, que a supressão temporária do uso de um bem, “desacompanhada de sua substituição por outro ou do pagamento de quantia bastante para alcançar o mesmo efeito, reflete o corte definitivo e irrecuperável de uma fatia dos poderes inerentes ao proprietário”,<sup>95</sup> com o que se poderia concluir pela patrimonialidade dos danos decorrentes do evento lesivo em comento.

Dos entendimentos expostos, parece possível depreender que o evento lesivo consubstanciado na privação do uso pode causar tanto dano material quanto dano moral, sendo certo que não caberia, aqui, cogitar de um *tertium genus*. O que não se pode perder de vista, todavia, é que os danos morais devem ser objeto de análise apartada em relação aos danos patrimoniais. Em outros termos, embora um dano moral possa decorrer do evento lesivo de privação do uso, os pressupostos para a sua configuração são os mesmos de qualquer outra hipótese em que se pleiteia sua compensação. Em que pese a existência de algumas características comuns entre o dano patrimonial decorrente da privação do uso e o eventual dano moral (como a possível identificação *in re ipsa* e a dificuldade ínsita à quantificação, que talvez tenham muito contribuído para a aproximação entre as duas categorias), a associação imediata entre a privação do uso e o dano moral reclama cautela. Não parece adequado, assim, concluir que do evento lesivo de privação do uso se possa extrair, sempre e necessariamente, um dano moral, advertência que segue lógica muito semelhante àquela que levou à difusão do já tradicional entendimento segundo o qual do mero

<sup>93</sup> CONTI, José Mauricio. Direito do consumidor: indenização por veículo parado em concessionária. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/1999-jan-26/indenizacao\\_veiculo\\_parado\\_concessionaria](http://www.conjur.com.br/1999-jan-26/indenizacao_veiculo_parado_concessionaria)>. Acesso em 3.11.2015.

<sup>94</sup> Sobre o caráter patrimonial do dano que decorre da privação do uso, afirma Paulo Mota Pinto a respeito do direito português, mas em lição que parece de todo aplicável ao ordenamento pátrio: “Na verdade, para além do problema de insuficiência do alcance de uma tal compensação, o ‘dano da privação do uso’ de que se trata aqui é, enquanto prejuízo resultante da falta de utilização de um bem que integra o patrimônio, e avaliável em dinheiro, naturalmente um dano patrimonial” (PINTO, Paulo Mota. *op. cit.*, p. 578). Em sentido semelhante, vide LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *op. cit.*, p. 316.

<sup>95</sup> GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *op. cit.*, p. 156.

inadimplemento contratual não se pode presumir a ocorrência de dano moral.<sup>96</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As considerações anteriores permitem tecer breves proposições conclusivas. Em primeiro lugar, destaque-se que o estudo dos danos decorrentes da privação do uso se insere, do ponto de vista teórico, no contexto da superação do paradigma do ato ilícito pelo paradigma do dano injusto. Tem-se, assim, o alargamento da noção de dano ressarcível para além das hipóteses de descumprimento estrutural da lei ou do direito subjetivo, deflagrando-se o dever de indenizar quando a ponderação dos interesses em rota potencial de colisão no caso concreto apontar para a preponderância dos interesses da vítima. Em uma palavra, o dano será ressarcível sempre que se reputar injusto.

Conjugada essa concepção renovada de dano ressarcível com a constatação de que o ordenamento brasileiro confere tutela autônoma à prerrogativa de usar, pode-se inferir que o evento lesivo de privação do uso pode ensejar um dano emergente autônomo – isto é, sem necessidade de demonstração de outros prejuízos patrimoniais –, já que, em regra, toda lesão a situações jurídicas subjetivas pode ter como remédio a via ressarcitória. Por outro lado, certas peculiaridades em concreto podem levar à não configuração do dever de indenizar, ou mesmo à verificação de outra forma de dano.

De fato, assentada a premissa de que a prerrogativa de uso integra o patrimônio do seu titular, não parece haver razão lógica em se condicionar a concessão da tutela reparatória à prova de outros *prejuízos concretos*. A privação do uso é apta, em linha de princípio, a gerar prejuízo patrimonial *per se* – a conclusão final sobre a ressarcibilidade dependerá inexoravelmente, em última análise, da verificação da injustiça do dano. Neste ponto, vale notar que o reconhecimento do dano emergente autônomo decorrente da supressão temporária da prerrogativa de usar (usualmente denominado *dano da privação do uso*) não exclui a

<sup>96</sup> Tal entendimento está sedimentado na Súmula n. 75 do TJRJ, *verbis*: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”. A propósito, alerta Milena Donato Oliva: “Em última análise, há de se ter cautela para que o expediente do dano *in re ipsa* não acabe por tipificar hipóteses de dano moral, suprimindo em parte o procedimento de qualificação do fato lesivo e reduzindo, mediante tabelamento quase automático, a liquidação. Com efeito, em matéria de reparação integral do consumidor, a tipificação pode acabar sendo prejudicial, por desprestigiar o exame das circunstâncias do caso concreto e, com isso, amesquinhar sua proteção” (OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 23, n. 93, mai.-jun./2014, p. 17).

possibilidade de cumulação com parcelas indenizatórias tradicionalmente reconhecidas no direito brasileiro (como lucros cessantes, dano moral ou outros danos emergentes, de caráter permanente).

A pacífica indenizabilidade de lucros cessantes em casos de privação do uso serviu a demonstrar que o direito pátrio reconhece de longa data certos danos decorrentes desse evento lesivo, ainda que a eles não dispense tratamento de todo unitário. Impõe-se ao intérprete-aplicador do direito, então, a tarefa de promover uma análise sistemática da matéria, capaz de auxiliar os tribunais no esforço contínuo de contenção de pretensões indenizatórias infundadas, por um lado, e de fundamentação do dever de indenizar sempre que a vítima houver sofrido dano injusto.

O presente estudo buscou expor, de modo sistemático, as variadas espécies de danos possivelmente decorrentes do evento danoso em questão, em especial o dano emergente autônomo decorrente da privação do uso (usualmente denominado *dano da privação do uso*), sem perder de vista as categorias de dano tradicionalmente reconhecidas pela civilística pátria. Especificamente no tocante ao mencionado dano emergente autônomo, seu reconhecimento parece contribuir para o aperfeiçoamento do direito da responsabilidade civil e para a sua constante busca pelo equilíbrio entre a contenção de demandas frívolas e o atendimento ao princípio da reparação integral.

234

## REFERÊNCIAS

ALPA, Guido. I principi generali. In: IUDICA, Giovanni; ZATTI, Paolo. *Trattato di Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Conceito de ato ilícito e o abuso de direito. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: estudos em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O direito como sistema complexo e de 2ª ordem; sua autonomia. Ato nulo e ato ilícito. Diferença de espírito entre responsabilidade civil e penal. Necessidade de prejuízo para haver direito de indenização na responsabilidade civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 2, n. 3, jul.-set./2015, p. 11.

BARASSI, Lodovico. *La Teoria Generale delle Obligazioni*. v. III. Milão: Giuffrè, 1946.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO SANTOS, João Manoel de. *Código Civil Brasileiro Interpretado: principalmente do ponto de vista prático – direito das sucessões*. v. VII. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária de bens imóveis. Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CONTI, José Mauricio. *Direito do consumidor: indenização por veículo parado em concessionária*. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 3.11.2015.

235

DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. Atualizado por Rui Berford Dias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ESPANES, Luis Moisset de; SANCHEZ, Carlos Alberto. *Accidentes de Automotores*. Buenos Aires: Cuyo, 1998.

FORNACIARI, Michele. *Il Risarcimento del Danno da Lesione del Possesso*. *Judicium*. Disponível em <<http://www.judicium.it/>>. Acesso em 8.5.2015.

FRANZONI, Massimo. *Trattato dela Responsabilità Civile: il danno risarcibile*. v. II. Milão: Giuffrè, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direitos Reais*. São Paulo: Atlas, 2011.

GERALDES, António Santos Abrantes. *Temas da Responsabilidade Civil: Indemnização do Dano da Privação do Uso*. v. I. Coimbra: Almedina, 2007.



GIORGI, Giorgio. *Teoria delle obbligazioni nel Diritto Moderno Italiano*. v. II. Florença: Fratelli Cammelli, 1903.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. *O Conceito de Enriquecimento, o Enriquecimento Forçado e os Vários Paradigmas do Enriquecimento Sem Causa*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1998.

\_\_\_\_\_. O dano da privação do uso. *Revista de Direito e Economia*. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1986.

GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed. Atualizado por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. Atualizado por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. Tendências modernas da reparação de danos. In: FRANCESCO, José Roberto Pacheco di (Org.). *Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. *Lucros Cessantes: do bom senso ao postulado normativo da razoabilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derecho de Obligaciones*. v. III. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. *Direito das Obrigações*. v. I. Coimbra: Almedina, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A caminho de um direito civil-constitucional. *Na medida*

*da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

\_\_\_\_\_. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

OLIVA, Milena Donato. Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 23, n. 93, mai.-jun./2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. I. Atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil*. Atualizada por Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: GZ, 2011.

237

PEREIRA, Virgílio de Sá. *Manual do Código Civil Brasileiro: Direito das Coisas*. v. VIII. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1924.

PERLINGIERI, Pietro. Il principio di legalità nel diritto civile. *Rassegna di Diritto Civile*. Anno 31, n. 1. Milano: ESI, 2010.

\_\_\_\_\_. *Manuale di Diritto Civile*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2014.

PINTO, Paulo Mota. *Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_. O futuro da responsabilidade civil: um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade Civil Contemporânea: em Homenagem a Sílvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Eduardo Nunes de. Merecimento de tutela: a nova fronteira da legalidade no direito civil. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, a. 15, n. 58, abr.-jun./2014.

\_\_\_\_\_. Situações jurídicas subjetivas: aspectos controversos. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 4, n. 1, jan.-mar./2015.

TEPEDINO, Gustavo. Desafios na sociedade da tecnologia. Editorial. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 19. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2004.

\_\_\_\_\_. Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de Direito Civil*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

238

\_\_\_\_\_. Regime jurídico dos bens no Código Civil. In: VENOSA, Sílvio de Salvo; GAGLIARDI, Rafael Villar; NASSER, Paulo Magalhães (Coords.). *10 anos do Código Civil: desafios e perspectivas*. São Paulo: Atlas, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina *et al.* *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Privação do uso: dano ou enriquecimento por intervenção? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*. Itajaí, v. 9, n. 3, set.-dez./2014.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*. Padova: CEDAM, 2013.

TRIMARCHI, Pietro. *Istituzioni di Diritto Privato*. Milão: Giuffrè, 2011.

Submissão: 07/07/2016  
Aceito para Publicação: 07/10/2016



## DA PRISÃO POR DÍVIDA ALIMENTAR E O PACTO SAN JOSÉ DA COSTA RICA

## IMPRISONMENT FOR NONCOMPLIANCE WITH CHILD SUPPORT ORDER AND THE PACT OF SAN JOSE, COSTA RICA

Guilherme Domingos de Luca\*

Laura Bazotte Borges\*\*

**RESUMO:** O presente estudo, inserido na linha de pesquisa “Fundamentos dogmáticos da experiência Jurídica”, visa a analisar o instituto da “Prisão civil por dívida alimentar na relação de parentesco em face do impacto gerado pelo Pacto de San José da Costa Rica”, sob enfoque da aplicação do instituto dos alimentos na relação de parentesco. Em razão das controvérsias, será estudado o status normativo ao qual o Pacto foi elevado no ordenamento jurídico brasileiro, em decorrência da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. A pesquisa foi pautada na análise de doutrinas, em especial das obras de direito de família, buscando apontar o status normativo do Pacto, visto que este tratado prevê a prisão civil do inadimplente da obrigação alimentar, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004. Trata-se da metodologia dedutiva, que levou em consideração as comparações bibliográficas, para se concluir qual a real importância desta norma internacional no direito positivo vigente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Alimentos. Prisão Civil. Pacto de São José da Costa Rica.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Origem e Conceituação. 2 Condições para se Decretar a Prisão Civil. 3 Ingresso dos Tratados no Ordenamento Jurídico Brasileiro. 4 Controvérsias do Status Jurídico da Prisão Civil. 5 Da Análise Jurisprudencial. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** This study aims to analyze the institute of “civil imprisonment for noncompliance with child support order in face of the impact generated by the Pact of San José, Costa Rica”. Because of the controversy, the legal status of this Pact in the Brazilian legal system and the implications of the enactment of Constitutional Amendment 45/2004 will be studied. The research was based on the analysis of opinions from legal theorists, especially in the family law field, seeking to identify the legal status of the Pact, since this treaty enables the imprisonment for noncompliance with child support order and was enacted after the Constitutional Amendment 45/2004, which forbids civil imprisonment. Through a deductive methodology, which took into account comparative literature, this research will help to dimension the real importance of this Pact in the current positive law.

**KEYWORDS:** Child Support. Civil Imprisonment. Pact of San Jose, Costa Rica.

240

## INTRODUÇÃO

O ser humano, desde a concepção, tem como primeiro direito fundamental, o direito à sobrevivência. Entretanto, para que ele possa sobreviver com dignidade, são necessários meios materiais e afetivos, entre os quais estão os alimentos.

O principal fundamento da obrigação de prestar alimentos está baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, bem como o “maior interesse da criança”, já que a obrigação alimentar se trata de um direito personalíssimo, devido pelo alimentante ao alimentando, em razão da relação de parentesco que liga um ao outro.

\* Mestre em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Bolsista CAPES/PROSUP.

\*\* Especialista em Direito do Trabalho e Previdenciário pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM), São Paulo.

Assim, para a fixação dos alimentos, é oportuno observar o binômio necessidade *versus* possibilidade, ou seja, a necessidade de quem pleiteia e a possibilidade da pessoa obrigada a prestar alimentos.

Na relação de parentesco, os alimentos são recíprocos entre pais e filhos e extensivos a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros. Além disso, na falta dos ascendentes, a obrigação alimentar recai aos descendentes observadas a ordem de sucessão e, na falta deles, aos irmãos germanos ou unilaterais.

No entanto, caso a pessoa que deve prestar alimentos não cumpra com sua obrigação, será necessária a propositura de uma ação de alimentos, visando a compelir o devedor a adimplir a obrigação alimentar.

Uma vez proferida a sentença na ação de alimentos, ela poderá ser executada de várias formas, dentre as quais se destaca a execução prevista no artigo 733 do Código de Processo Civil e artigo 19 da Lei n.º 5.478/68, isto é, através da prisão civil do devedor de alimentos. O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, incluindo as que se vencerem no curso do processo, conforme dispõe a Súmula 309 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim, através do presente estudo, busca-se demonstrar o *status* normativo ao qual o Pacto de San José da Costa Rica foi elevado, no ordenamento jurídico brasileiro, visto que o referido tratado prevê expressamente a prisão civil do inadimplente da obrigação alimentar, após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

## 1 ORIGEM E CONCEITUAÇÃO

Após o término da Segunda Guerra Mundial, frente às atrocidades cometidas, a comunidade internacional percebeu a necessidade de reiterar o reconhecimento dos direitos fundamentais da pessoa humana, criando, assim, uma nova ordem internacional para proteção aos direitos fundamentais, a qual foi aceita por vários Estados, como consenso geral de alicerce da estabilidade social e da paz mundial (VALENTIM; MANDELLI JÚNIOR, 2000, p.323).

Neste sentido a Constituição Federal de 1988 foi o marco divisor entre o atual regime democrático de direito e o regime militar ditatorial, o qual por mais de duas décadas foi imposto ao povo brasileiro.

A Carta Magna passou a ser uma das Constituições mais avançadas do mundo, uma vez que elege a dignidade da pessoa humana como princípio e parâmetro primordial de todo o ordenamento jurídico (VALENTIM; MANDELLI JÚNIOR, 2000, p. 323-324).

Ainda discorrendo sobre o assunto, Valentim e Mandelli Júnior (2000, p. 324) explicam que a partir da sistematização regional dos Direitos Humanos na Europa, e também em decorrência da celebração da Convenção Européia de Direitos Humanos (1953), “foi adotado também na América esta tendência, tendo sido aprovada em 22 de novembro de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos”.

É certo que o Pacto de San José da Costa Rica tem como objetivo a consolidação, no Continente Americano da questão que envolve a prisão por dívidas alimentares. Visa também à efetividade de um regime de liberdades pessoais e justiça social, atrelado com a reafirmação nas instituições democráticas dos direitos humanos e fundamentais.

Em 1988, foi firmado o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matérias de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, também conhecido como Protocolo de San Salvador, e que trouxe em seu artigo 1º a obrigação do Estado-parte em adotar medidas reais que permitam a efetiva do cumprimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, observando regras de direito interno, bem como a realidade de cada País, haja vista que a Convenção não disciplina esses direitos, mas os recomenda aos Estados-parte, pois tais direitos estão contidos na Carta da Organização dos Estados Americanos (VALENTIM; MENDELLI JÚNIOR, 2000, p.326).

Apenas os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos têm direito a aderir à Convenção Americana de Direitos Humanos, visando assegurar os direitos civis e políticos. Os Estados que participam dessa Convenção são: Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, El Salvador, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Granada, Jamaica, México, Nicarágua, Peru, República Dominicana, Suriname, Uruguai e Venezuela (VALENTIM; MANDELLI JÚNIOR, 2000, p. 326).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi adotada no âmbito das Organizações dos Estados Americanos em San José da Costa Rica, na data de 22 de novembro de 1969, entrando em vigor internacional somente em 18 de julho de 1978, após o depósito do instrumento de ratificação ou de adesão de onze Estados (BRASIL, 1992).

O Brasil somente ratificou sua adesão ao Pacto de San José da Costa Rica em 25 de setembro de 1992, por decreto-legislativo, depositando a respectiva Carta de Adesão no dia 6 de novembro do mesmo ano, pelo Decreto n. 678/1992, de 6 de novembro de 1992.

A demora em ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil ocorreu em decorrência do regime ditatorial, que vigorava naquela ocasião.

A política externa brasileira na questão dos direitos humanos era muito resistente à adesão à via jurídica de proteção dos direitos fundamentais do homem, na medida em que ela importaria na revelação das práticas cruéis de repressão política, bem como na vulnerabilidade na imagem dos sucessivos governos militares perante as nações desenvolvidas, na Europa e na América do Norte.

Por outro lado, ressalta-se que dentre os principais direitos e liberdades estabelecidas na Convenção em questão, está previsto, em seu artigo 7º o direito à liberdade pessoal, destacando-se o item 7, que diz “ninguém deve ser detido por dívidas. Esse princípio não limita os mandados de autoridades judiciários competentes expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar” (BRASIL, 1992).

Apesar da Convenção somente permitir a prisão por dívidas, no caso de inadimplemento de obrigação alimentar, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXVII, estabelece que “[...] não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel” (BRASIL, 1988).

Neste sentido, observa-se um aparente conflito de normas, que no sistema jurídico brasileiro tem sido decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que o dispositivo constitucional não foi revogado, deixando apenas de ser aplicado, em decorrência do efeito paralisante estabelecido pelo Pacto de San José da Costa Rica, em relação à matéria infraconstitucional (SANTOS JÚNIOR, 2015).

O Pacto de San José da Costa Rica admite de forma excepcional a prisão civil por inadimplemento de a obrigação alimentar, e é omissivo quanto à prisão civil do depositário infiel, permitida pela Constituição Federal de 1988.

A fim de sanar essa controvérsia, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 25, a qual prevê que “[...] é ilícita a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (BRASIL, 2015).



Ademais, o STJ sumulou seu entendimento, publicando a Súmula 419 do Superior Tribunal de Justiça, a qual estabelece que “(...) descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

Quanto ao devedor alimentar os artigos 19 da Lei nº 5.478/68 e 733 do Código de Processo Civil prevêm como forma de assegurar o cumprimento do julgado ou do acordo, a decretação da prisão. Discorre Gonçalves (2005, p. 499):

Para garantir o fiel cumprimento da obrigação alimentar estabelece a lei diversas providências, dentre elas a prisão do alimentante inadimplente (CF, art. 5º, LXVII; CPC, art. 733, *caput* e §§1º, 2º e 3º). Trata-se de uma das poucas exceções ao princípio segundo o qual não há prisão por dívidas, justificada pelo fato de o adimplemento da obrigação de alimentos atender não só ao interesse individual, mas também ao interesse público, tendo em vista a preservação da vida do necessitado, protegido pela Constituição Federal, que garante a sua inviolabilidade (art. 5º, *caput*).

Na mesma esteira, Porto (2011, p. 115-116) salienta:

Ao tratarmos do pedido de prisão do devedor de alimentos, é necessário sabermos, desde logo, que este deve ser dirigido apenas contra o devedor relapso, recalcitrante, avesso ao cumprimento de suas obrigações. Certamente é esta a *mens legis* estabelecida nos arts. 733 do CPC e 19 da Lei de Alimentos. Com isto estamos a afirmar que o pedido de prisão do devedor visa atingir aquele que podendo implementar sua obrigação não o faz, revelando-se ladino. Esta posição leva por suporte o fato de que a prisão do devedor de alimentos *não é pena*, mas meio coercitivo de execução; visa compelir o devedor ao pagamento da dívida alimentar e não simplesmente puni-lo, tanto que pagando o devedor a prisão será levantada.

Nessa perspectiva, depreende-se que a prisão civil por dívida alimentar é uma exceção ao princípio segundo o qual não haverá prisão por dívidas, estando disciplinada na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na Lei de Alimentos e na Convenção Americana de Direito Humanos, como forma de assegurar o cumprimento da obrigação alimentar, preservando, assim, a vida do alimentando.

Após breve estudo histórico da prisão civil, insta conceituá-la.

Segundo Athanásio (2008, p. 48) a “Prisão Civil se realiza no âmbito do Direito Privado, consumando-se em face da dívida impagável, fundada em norma jurídica de natureza civil. (...)”. Para Cahali (2009, p. 752): “Decreta-se a prisão civil não como pena, não como fim de punir o executado pelo fato de não ter pagado a prestação alimentícia, mas sim com o fim, muito diverso, de coagi-lo a pagar”.

Para Porto (2011, p. 115-116) “a prisão do devedor de alimentos *não é pena*, ma meio coercitivo de execução que visa compelir o devedor ao pagamento da dívida alimentícia e não simplesmente puni-lo, tanto que pagando o devedor a prisão será levantada”.

(...) a execução tem, na quase totalidade dos casos, caráter patrimonial; nem todos os processos civis têm conteúdo exclusivamente econômico, mas a coação possível por parte do Estado visa, quase sempre, direta ou indiretamente, a resultado econômico. Assim, a prisão civil é meio executivo de finalidade econômica; prende-se o executado não para puni-lo, como se criminoso fosse, mas para forçá-lo indiretamente a pagar, supondo-se que tenha meios de cumprir a obrigação e queira evitar sua prisão, ou readquirir sua liberdade (CAHALI, 2009, p. 751).

A prisão civil não é pena, mas apenas um meio coercitivo o qual visa a compelir o devedor de alimentos a adimplir com sua obrigação, quando não a satisfaz voluntariamente.

## 2 CONDIÇÕES PARA SE DECRETAR A PRISÃO CIVIL

A lei não faz distinção com relação à origem do título que dá ensejo à cobrança da obrigação alimentar – se judicial ou extrajudicial – através de execução sob ameaça de coação pessoal. Não só a sentença, mas também a obrigação assumida extrajudicialmente, por meio de título extrajudicial, possibilitam a execução da obrigação alimentar através da prisão civil (DIAS, 2009, p. 513).

Antes mesmo de se decretar a prisão civil, nota-se que a medida coercitiva se apresenta em razão da necessidade de se efetivar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e do “maior interesse da criança”. Acerca deste último, nota-se que “o ordenamento jurídico tem se atentado em assegurar o “maior interesse da criança”, dada tamanha a sua hipossuficiência perante os conflitos que se originam nas relações rompidas entre os seus genitores (LUCA; RINALDI JÚNIOR; 2014, p. 290)”.

Segundo Cahali (2009, p. 753), “(...) a prisão civil por dívida, como meio coercitivo para o adimplemento da obrigação alimentar, é cabível apenas no caso dos alimentos previstos nos arts. 1.566, III, e 1.694 do Código Civil de 2002, que constituem relação de direito de família.”

Ademais, o STJ, ao editar a Súmula 309, estabeleceu que “(...) o débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo”.

Argumenta-se, para limitar a cobrança pelo rito do art. 733 do Código de Processo Civil às três últimas prestações vencidas, que a execução assim tão célere disciplinada no aludido dispositivo legal, acrescida da coerção através da cominação de sanção privativa de liberdade, só deve ser imposta para que não falte ao credor alimentos presumidamente indispensáveis à sua sobrevivência (GONÇALVES, 2005, p. 506-507).

Não é necessário que estejam vencidas três prestações para que o credor possa buscar a cobrança da obrigação alimentar. Isso ocorre em razão de que o inadimplemento de uma única parcela já autoriza a execução, podendo ainda ser cobradas parcelas alternadas.

As prestações que podem ser objeto de execução por meio da prisão civil do inadimplente são as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução, bem como as que se vencerem no curso do processo, independentemente de tais obrigações constituírem títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, não sendo necessário que o alimentando aguarde o vencimento de três prestações para que possa cobrar a obrigação.

Igualmente, o Código de Processo Civil, em seu artigo 733, determina que, “(...) na execução de sentença ou decisão, que fixa os alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor, para em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo” (BRASIL, 1973):

Na justificativa do não pagamento, infundáveis razões prestam-se para a defesa, como a superveniência de doença, o desemprego, a insolvência econômica, a perda de ente familiar, o nascimento de filho, a condenação criminal e prisão, a catástrofe nos meios de produção da qual advém a renda etc. (RIZZARDO, 2007, p.842).

Na mesma esteira, apregoa Gonçalves (2005, p. 503): “(...) da composição dos textos do Código de Processo Civil e da Lei de Alimentos resulta o entendimento de que a prisão civil do devedor pode ser requerida tanto no caso de não-pagamento dos alimentos definitivos, como também dos provisórios e provisionais”.

Em relação à citação do executado, Dias (2009, p. 514) explicita:

Proposta a execução pelo rito da coação pessoal (CPC 733), o réu é citado para pagar, provar que pagou ou justificar a impossibilidade de fazê-lo, no prazo de três dias. Como se trata de ação de estado, o réu deverá ser citado pessoalmente e não pelo correio (CPC 222 *a*), mas nada impede que a citação ocorra por hora certa (CPC 227), até porque costuma o executado esquivar-se do oficial de justiça. Também nada obsta que a citação seja levada a efeito por edital (CPC 231). Nessa hipótese, porém, não basta a singela assertiva do credor de que o devedor se encontra em lugar incerto ou não sabido. Como em todas as outras ações de estado, é indispensável que o juiz, de ofício, adote providências para a localização do devedor, antes de determinar a citação ficta.

Logo, ao ser citado, o executado tem três alternativas para evitar sua prisão, quais sejam: pagar o débito existente; provar que está cumprindo mensalmente com sua obrigação alimentar; ou justificar que está impossibilitado de efetuar o pagamento, desde que seja por algo justo, como, por exemplo, no caso de desemprego.

Aceita a justificativa, ou seja, reconhecido que o devedor não tem condições de proceder ao pagamento, isso não enseja a extinção do processo executório, pois, ainda que o devedor se livre da prisão, a dívida não desaparece e a execução pode prosseguir pelo rito da expropriação (DIAS, 2009, p. 516).

No caso de o executado se prontificar a pagar uma parcela da dívida, o alimentando não pode manter uma postura intolerável, de modo a não aceitar a proposta.

Por outro lado, aponta-se como necessário a verificação de possibilidade de o restante da dívida ser exequível através de prestações periódicas, bem como se as razões aduzidas para o parcelamento da obrigação são realmente ponderáveis.

Realizado o acordo e não cumprido, não se deve afastar o prosseguimento da execução pelo mesmo rito, tendo em vista que a dívida não perde a atualidade. Quando são rejeitadas as alegações do devedor, cabe ao juízo decretar a prisão do obrigado, depois de ouvir o Ministério Público.

O parágrafo 1º do artigo 733 do Código de Processo Civil determina que “se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses” (BRASIL, 1973). Por sua vez, a Lei nº 5.478/68 estabelece que “o juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para o seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação da prisão do devedor até 60 (sessenta) dias” (BRASIL, 1968).

O período de duração da coação pessoal é questão que apresenta grande controvérsia, em nosso ordenamento jurídico, razão pela qual surgiram na doutrina e na jurisprudência opiniões divergentes.

Da decisão que decretar a prisão do devedor, caberá agravo de instrumento, contudo, a interposição do recurso não suspende a execução da ordem de prisão, conforme disposto pelo artigo 19, parágrafos 2º e 3º, da Lei nº 5.478/68.

A prisão do inadimplente da obrigação alimentar não poderá ultrapassar o prazo de máximo de sessenta dias estabelecido pela Lei nº 5.478/68, porém, ante a não fixação de

prazo mínimo para a decretação da prisão civil, será adotado o prazo previsto no Código de Processo Civil, que será de no mínimo trinta dias.

A prisão do devedor de alimentos é tão somente meio coercitivo, o qual visa a compelir o devedor ao pagamento da dívida alimentícia e não é pena, haja vista que não tem por objetivo punir o devedor (PORTO, 2011, p. 115-116).

O Código de Processo Civil fixa, em seu artigo 733, parágrafo 2º, que “o cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas” (BRASIL, 1973).

De igual forma, dispõe o artigo 19, parágrafo 1º, da Lei nº 5.478/68: “[...] o cumprimento integral da pena de prisão não eximirá o devedor do pagamento das prestações alimentícias, vincendas ou vencidas e não pagas” (BRASIL, 1968). Dias (2009, p. 525) comenta, a propósito:

Ainda que o devedor não possa ser preso novamente pelo inadimplemento da mesma dívida, o cumprimento da pena não o dispensa do pagamento. Assim, no mesmo processo executório, pode prosseguir a cobrança do débito ou mediante cumprimento da sentença (CPC 475-I) ou pelo rito da expropriação (CPC 646).

248

Do exposto, depreende-se que, uma vez pagas as prestações em atraso, o juiz suspenderá imediatamente o cumprimento da ordem de prisão, podendo a prisão ser reiterada, desde que o pedido não envolva o período anterior; entretanto, caso haja o cumprimento integral da pena, a obrigação alimentar não será extinta, podendo prosseguir a cobrança mediante o cumprimento da sentença ou através do rito da expropriação.

### 3 INGRESSO DOS TRATADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 atribui, em seu artigo 84, VIII, competência privativa ao Presidente da República para celebrar tratados, convenções ou ainda atos internacionais, ficando eles sujeitos ao referendo do Congresso Nacional. Por sua vez, o artigo 49, I da Constituição Federal confere ao Congresso Nacional competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais os quais tenham como objetivo acarretar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional (BRASIL, 1988).

Entende-se que para um tratado internacional ter força obrigatória em relação ao povo brasileiro, é necessário o cumprimento de três fases distintas: celebração do tratado pelo Presidente da República, em nome da República Federativa do Brasil

(CF/88, art. 84, VIII, ver, ainda, os artigos conexos da mesma CF, 5º, §2º, 102, III-b); aprovação definitiva pelo Congresso Nacional, por Decreto Legislativo (CF, 49, I) e promulgação pelo Presidente da República, via decreto (CF, art. 82, IV). Cumpridas essas três fases, ou seja, celebração; aprovação definitiva e promulgação, estará o tratado internacional incorporado ao ordenamento interno brasileiro, como norma pronta e apta para produzir os seus efeitos em relação ao Brasil (GARBUGLIO, 2010).

Nota-se que após a promulgação, se deve analisar que posição hierárquica a norma internacional ocupa no ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange o conflito entre as normas de direito interno dos Estados e as normas dos Tratados Internacionais, existem duas teorias nas quais se debate a necessidade de um procedimento de internalização da norma internacional na ordem jurídica do Estado signatário, bem como a posição hierárquica adotada por essa norma, dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo a teoria dualista, adotada por Heinrich Triepel, o Direito Internacional e o Direito Interno de cada Estado signatário possuem objetivos próprios, fundamentados em fontes jurídicas próprias, o que acarreta um sistema distinto para cada ordenamento jurídico (MARINHO, 2008, p. 12).

Assim, para que um tratado passe a produzir efeitos na ordem do Estado signatário, é necessário à criação de uma lei específica que determine sua incorporação, fazendo com que a norma internacional adquira *status* de norma estatal e, caso houvesse divergência entre as normas, a mais recente derogaria a mais antiga (*lex posteriori derogat legi priori*).

Por outro lado, os adeptos da teoria monista, como Hans Kelsen, sustentam que o Direito Internacional e o Direito Interno formam um sistema único, desdobrado entre ordenamento jurídico interno e internacional (MARINHO, 2008, p. 12-13).

Assim, para os defensores da teoria monista, havendo conflito entre normas, tal conflito poderia ser solucionado de três formas: com a prevalência do Direito Interno sobre o Direito Internacional; com a primazia da norma internacional sobre a norma interna; ou, ainda, considerando que a norma internacional e a norma interna integram o mesmo patamar hierárquico, a mais recente deveria prevalecer sobre a mais antiga, o que se denomina monismo moderado. Na mesma linha, frisa Ariosi (2015):

O monismo surge como contraponto do dualismo defendido por Triepel. *Grosso modo*, a teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas. O monismo sustenta a tese da existência de uma única ordem jurídica. Esta concepção apresenta duas variáveis de compreensão: a

que defende a primazia do Direito interno e, a outra, a primazia do Direito Internacional.

É certo que a Constituição Federal deixou uma lacuna normativa, causando divergência entre os doutrinadores com relação à teoria adotada.

Parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que o Supremo Tribunal Federal teria se filiado a um monismo moderado, em razão do julgamento do RE n.º 80.004/SE, em 01 de junho de 1977. Entretanto, no julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279, de 17 de junho de 1998, pelo Supremo Tribunal Federal, o Ministro Relator Celso de Mello enfatiza que, já que a Constituição Federal não consagrou o tema de convenções internacionais ou tratados de integração, é necessária a conclusão do ciclo de transposição da norma internacional para o direito interno, a fim de que ela possa ser invocada, de sorte que, enquanto não ocorrer a transposição, as normas internacionais não podem ser aplicadas imediatamente no âmbito doméstico do Estado brasileiro (BRASIL, 1998).

Assim, percebe-se que o Brasil adota a teoria dualista, tendo em vista que, segundo o julgamento do Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279, para que uma norma internacional passe a produzir efeitos na ordem do Estado brasileiro, é necessária a criação de uma lei específica determinando sua incorporação, argumento sustentado pela teoria dualista.

250

#### 4 CONTROVÉRSIAS DO *STATUS JURÍDICO* DA PRISÃO CIVIL

Aos tratados internacionais, isto é, àqueles que não versam sobre direitos humanos, é conferida a natureza de norma infraconstitucional (lei ordinária federal), por força do artigo 102, III, b, e do artigo 105, III, a, ambos da Carta Magna, conforme leciona Souza (2010, p. 48).

A Emenda Constitucional n.º 45, promulgada em 30 de dezembro de 2004, entre outras alterações, introduziu no artigo 5º da Constituição Federal o parágrafo 3º, o qual estabelece que “[o]s tratados e convenções internacionais de direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos os respectivos membros, serão equivalentes às emendas à Constituição” (BRASIL, 2004). Nesse sentido, Souza (2010, p. 48) conclui:

Logo, quanto à posição hierárquica dos tratados tradicionais não há controvérsia, bem como quanto aos tratados de direitos humanos que forem aprovados na forma

do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição, que terão força de emenda constitucional. A controvérsia gira em torno dos tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados antes da emenda e que, embora tenham contado com o *quorum* de três quintos dos membros de cada casa, não foram aprovados em dois turnos de votação.

Em razão disso, surgem quatro correntes acerca da posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro: a primeira corrente sustenta a igualdade entre o tratado e a lei federal; a segunda sustenta a supra constitucionalidade, alegando que os tratados estão acima até da Constituição Federal; a terceira corrente sustenta a hierarquia constitucional de todos os tratados protetores de direitos humanos; e, por fim, a quarta corrente sustenta a hierarquia infraconstitucional, mas supra legal, dos tratados ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 (SOUZA, 2010, p. 48).

A primeira corrente, a qual defende a igualdade entre o Tratado e a Lei Federal, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal por muitos anos; de acordo com esse entendimento, os tratados são normas infraconstitucionais os quais têm a mesma força normativa que as leis ordinárias, revogando as normas anteriores que com ela sejam incompatíveis. Assim, todas as disposições gerais anteriores, contrárias a essa norma serão revogadas, exceto as leis especiais, conforme explica Souza (2010, p. 49).

Na mesma esteira, Marinho (2008, p. 18) ensina que:

sobre a posição hierárquica ocupada pelos tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro vinha sendo a seguida pelo Supremo Tribunal Federal. Os adeptos desta vertente afirmam que qualquer norma decorrente de tratado internacional possui status de lei ordinária, tendo caráter infraconstitucional. Utilizam como base o artigo 102, III, b da Constituição Federal e sua interpretação literal. Afirmam que, se a própria Constituição atribui competência ao STF para julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, reconhece ela posição hierárquica inferior de todos os tratados internacionais, de direitos humanos ou não, face o texto constitucional.

Entretanto, Souza (2010, p. 49-50) adverte que tal corrente é criticada pela doutrina, em razão de ela ser contrária ao princípio da boa-fé no cumprimento dos tratados internacionais, além de afrontar a Convenção de Viena, a qual dispõe, em seu artigo 27, que os Estados não poderão invocar disposições de direito interno para não cumprirem o disposto nos tratados dos quais sejam parte.

Por seu turno, Alves Ribeiro e Aguiar Filho (2009, p. 07) complementam:

No entanto, o entendimento dominante continuou sendo, até 2006, o de que os outros tratados internacionais e os tratados de direitos humanos que fossem



aprovados por maioria simples deveriam permanecer sendo absorvidos pelo ordenamento do país como lei infraconstitucional, o conflito entre referidas normas federais de mesmo nível, leis ordinárias e tratados internacionais não elevados por emendas constitucionais, deveriam ser resolvidos pela relação entre lei especial e geral.

A despeito de o Supremo Tribunal Federal ter adotado por muitos anos a primeira corrente, a qual sustenta que as normas infraconstitucionais têm a mesma força normativa que as leis ordinárias, atualmente essa corrente tem sido criticada pela doutrina, em razão da afronta provocada por ela à Convenção de Viena e por ser contrária ao princípio da boa-fé, no cumprimento dos tratados internacionais.

A segunda corrente, por sua vez, sustenta a supra constitucionalidade dos tratados, de acordo com Souza (2010, p. 50), “[o]s defensores dessa corrente acreditam que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm caráter supra constitucional, ou seja, prevalecem sobre as normas da Constituição Federal”.

Ainda discorrendo sobre o assunto, Emerique e Guerra (2008, p. 03) acrescentam: “(...) significa que nem mesmo a emenda constitucional suprimiria a normativa internacional subscrita pelo Estado quando a matéria correspondesse aos direitos humanos”.

Contudo, na opinião de Souza (2010, p. 51), esse entendimento é criticado pelos doutrinadores, por ser considerado abusivo em relação ao que estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, parágrafo 2º.

Nota-se que os tratados internacionais têm hierarquia superior às normas da própria Constituição, tal corrente não foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Diferentemente disso, a terceira corrente sustenta que os tratados internacionais de direitos humanos recebem, no ordenamento jurídico brasileiro, *status* de norma constitucional.

Nesse sentido, Marinho (2008, p. 15) explicita: “Segundo parte da doutrina e da jurisprudência, os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos adquirem status de norma constitucional”.

Na mesma esteira, Souza (2010, p. 51) enfatiza:

Defendida por Flávia Piovesan, Francisco Rezek, Odete Novais Carneiro Queiroz, Vidal Serrano Nunes Júnior, pelo ministro do STF Celso de Mello, entre outros juristas, essa corrente estabelece que os tratados de proteção dos direitos humanos têm natureza constitucional, que decorre do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

É inegável que o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988 estabelece que “[o]s direitos e garantias expressões nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte” (BRASIL, 1988).

Em virtude dessas considerações, depreende-se que, segundo o entendimento adotado por essa corrente, os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte integram o rol de direitos estabelecidos na Constituição Federal, adquirindo, portanto, *status* de norma constitucional.

Por fim, a quarta corrente sustenta a hierarquia infraconstitucional, mas supra legal, dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

Nos últimos anos, o embate existente no Supremo Tribunal Federal dizia respeito à hierarquia constitucional dos tratados, corrente sustentada pelo ministro Celso de Mello, e a corrente defendida pelo ministro Gilmar Mendes, para quem havia uma hierarquia infraconstitucional, embora supra legal dos tratados, ou seja, segundo esse entendimento, os tratados de direitos humanos estão acima da lei, mas abaixo da Constituição (SOUZA, 2010, p.53).

Não obstante, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o cenário se alterou, pois essa Emenda trouxe significativas mudanças, no que concerne ao Direito Internacional, uma vez que incluiu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, alterando a abordagem que vinha sendo dada aos tratados internacionais, em especial àqueles que tratam de direitos humanos, conforme leciona Marinho (2008, p. 21).

Concluem Linard e Alcantara (2010, p. 3682):

Portanto, dentro desse contexto denominado de Estado de Direito Internacionalista foi promulgada a Emenda Constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, acrescentando o §3º ao Art. 5º da CF trazendo em seu texto que: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”, respeitando, dessa forma o disposto no art. 49, I, da Constituição Federal.

Nesse contexto, mais uma vez, Marinho (2008, p. 22) explica que a alteração não colocou fim aos debates, visto que surgiram discussões a propósito do *status* normativo adotado pelos tratados internacionais ratificados antes da edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Por força da Emenda Constitucional n.º 45/2004, estabeleceu-se uma regra relativa à admissão dos tratados internacionais com *status* de Emenda Constitucional. Entretanto, quando da promulgação da referida Emenda, o Pacto de San José da Costa Rica já havia sido ratificado, fazendo com que a exigência contida no parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal trouxesse à tona uma nova discussão quanto aos pactos anteriores à promulgação da Emenda Constitucional (LINARD; ALCANTARA, 2010, p. 3682).

Conforme entendimento de Marinho (2008, p. 23),

(...) ao se considerar que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional 45/2004 já possuíam *status* de norma constitucional, versando eles sobre garantias e direitos fundamentais, conforme defendido pela primeira corrente, qualquer emenda tendente a aboli-los será inconstitucional, nos termos do artigo 60, §4º, IV da Constituição Federal. Desta forma, só se pode concluir que a Emenda Constitucional 45/2004 se aplica apenas a tratados de direitos humanos que ainda não foram ratificados, mantendo os anteriores a ela o *status* de norma constitucional, mesmo que não tenham sido aprovados por quorum especial e nem tenham sido votados em dois turnos em ambas as Casas do Congresso Nacional.

Assim, em 03 de dezembro de 2008, a Suprema Corte, ao julgar os Recursos Extraordinários n. 466.343-SP e 349.703-RS e, em conjunto, os Habeas Corpus n. 87.585-TO e 92.566-SP, definiu que é ilícita a prisão civil do depositário infiel, permanecendo apenas no ordenamento jurídico brasileiro a prisão civil do devedor de alimentos, acolhendo, desse modo, a tese da supra legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados de acordo com a alteração trazida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 (SOUZA, 2010, p. 53).

Em outras palavras, Cahali (2009, p. 752-753) frisa: “A prisão por dívida foi banida de nossa legislação; a dívida alimentar, entretanto, constitui exceção à regra [...]”.

Por conseguinte, os tratados internacionais de direitos humanos não ratificados pelo Brasil, na forma estabelecida no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, têm natureza supra legal, quer dizer, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima da Legislação, fazendo com que as Leis que previam e regulamentavam a prisão civil do depositário infiel fossem revogadas, preexistindo somente a prisão civil do devedor de alimentos (SOUZA, 2010, p. 57).

Por tais razões, conclui-se que, antes da promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, existia grande controvérsia a respeito da posição hierárquica adotada pelos tratados internacionais, no ordenamento jurídico brasileiro, mas, após a promulgação da referida

Emenda, tais tratados adquiriram *status* de norma supra legal. Por isso, os tratados internacionais que não forem aprovados com o quorum de três quintos em dois turnos nas duas Casas do Congresso Nacional terão caráter de norma supra legal, estando, portanto, acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal.

## 5 DA ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, os tratados internacionais que fossem aprovados com o quórum previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, teriam caráter de Emenda Constitucional.

No entanto, depois dessa alteração surgiram discussões acerca do *status* normativo adotado pelos tratados internacionais ratificados antes da edição da Emenda Constitucional n.º 45/2004.

Com efeito, para a Décima Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, os tratados internacionais foram elevados ao *status* de norma supra legal em razão de o Pacto de San José da Costa Rica ter sido ratificado pelo Brasil sem qualquer reserva:

255

HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO INFIEL - PRISÃO CIVIL - IMPOSSIBILIDADE - PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA - STATUS DE NORMA SUPRALEGAL - REVOGAÇÃO DOS DISPOSITIVOS INFRACONSTITUCIONAIS QUE COM ELE CONFLITEM - ENTENDIMENTO CONTEMPLADO PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES - ORDEM CONCEDIDA. O Pacto de San José da Costa Rica, consolidado em 1969, que prevê a possibilidade de prisão civil apenas do devedor de alimentos, foi ratificado em nosso ordenamento jurídico, através do Decreto de nº 678, em 06.11.1992, ou seja, sob a égide da Carta Constitucional de 1988. Inicialmente, a jurisprudência das Cortes Superiores, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, direcionou-se no sentido da não-revogação do art. 5º, LXVII, da CR/88, que dispõe, de forma expressa, acerca do cabimento da prisão civil do depositário infiel. Sob o influxo da necessidade de, cada vez mais, se garantir eficácia aos direitos fundamentais, o Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, aplicando uma interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais, visando concretizar os fundamentos da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Carta Magna, tem atribuído ao Pacto de San José da Costa Rica "status" normativo supra legal, colocando-o acima da legislação infraconstitucional interna, contudo, abaixo das normas constitucionais, eis que não observados os requisitos do § 3º, do art. 5º, da Magna Carta. A elevação de tratados e convenções internacionais ao "status" de norma supra legal se deve ao fato de que o referido tratado de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil sem qualquer reserva, estabelece uma ampliação de direitos fundamentais consagrados pela nossa Constituição. Note-se que, ao atribuir caráter supra legal à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica, que, repita-se, limita a hipótese de prisão civil apenas ao devedor de alimentos, houve a revogação de toda legislação interna infraconstitucional, que com ele conflite. Assim, em razão do

referido posicionamento, acerca da hierarquia supra legal dos tratados e convenções internacionais que versem sobre direitos humanos, tem-se entendido não ser cabível a prisão civil do depositário infiel, mesmo nas hipóteses de depósito judicial, em razão da revogação dos dispositivos infraconstitucionais que tratam da matéria. (MINAS GERAIS, 2009).

Dessa forma, verifica-se que o Tribunal de Justiça de Minas Gerais reconheceu a elevação do Pacto de San José da Costa Rica a norma supra legal, colocando-o acima da legislação infraconstitucional interna, mas abaixo das normas constitucionais.

Igualmente, a Primeira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar Habeas Corpus Preventivo, estabeleceu que as convenções internacionais sobre direitos humanos que ainda não foram submetidas ao procedimento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal, terão caráter de norma supra legal, permitindo a prisão civil somente no caso de dívida por alimentos:

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. PRISÃO CIVIL. VIABILIDADE DE DECRETAÇÃO TÃO SOMENTE CONTRA DEVEDOR DE ALIMENTOS. HIPÓTESE DIVERSA. ART. 11 DO PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, DE 1966, E ART. 7º, 7, DA CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA, DE 1969). STATUS SUPRALEGAL DAS DISPOSIÇÕES ALUDIDAS SALVO-CONDUTO. DEFERIMENTO. (SANTA CATARINA, 2007).

256

Com efeito, ao adquirir *status* supra legal, o ordenamento jurídico brasileiro tornou incompatível qualquer disposição normativa referente à prisão civil, exceto no caso de dívida por alimentos.

Ademais, a décima Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul seguiu o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

HABEAS CORPUS. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. EXECUÇÃO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO INFIEL. O Pacto de San José da Costa Rica, tratado internacional de direitos humanos, possui, segundo entendimento do Supremo Tribunal Federal, caráter de norma supra legal, inviabilizando, assim, qualquer hipótese de prisão civil prevista na legislação infraconstitucional, com exceção do devedor inescusável de prestação alimentar. ORDEM CONCEDIDA POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. (RIO GRANDE DO SUL, 2011).

Logo, ao adquirir caráter de norma supra legal, o Pacto de San José da Costa Rica inviabilizou qualquer hipótese de prisão civil prevista na legislação infraconstitucional, com exceção da prisão civil por dívida alimentar.

A par disso, a Terceira Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu pela legalidade da prisão civil por inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. INADIMPLÊNCIA VOLUNTÁRIA E INESCUSÁVEL. LEGALIDADE DO DECRETO PRISIONAL. CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO. MEDIDA QUE NÃO SE COADUNA COM A FINALIDADE DA PRISÃO CIVIL. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. SEGREGAÇÃO IMPOSTA POR 90 (NOVENTA) DIAS. ART. 19 DA LEI N. 5.478/1968. ANTINOMIA DAS NORMAS. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. LIMITAÇÃO EM 60 (SESSENTA) DIAS DE SEGREGAÇÃO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (TJSC, Habeas Corpus n. 2012.046273-3, de Balneário Camboriú, rel. Des. Fernando Carioni, j. 14-08-2012). (SANTA CATARINA, 2012)

Ao julgar o referido recurso, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina entendeu que a prisão civil do devedor de alimentos não é medida punitiva ou retributiva, mas uma forma de compelir o inadimplente a cumprir com a obrigação alimentar.

Nessa perspectiva, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido da incorporação do Pacto de San José da Costa Rica ao ordenamento jurídico brasileiro com *status* de norma supra legal:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. DEPOSITÁRIO INFIEL JUDICIAL. PRISÃO CIVIL. RECENTE MUDANÇA DO POSICIONAMENTO DO STF (HC N. 87.585/TO E RE N. 466.343/SP). PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA. NORMA INCORPORADA AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COM STATUS SUPRALEGAL. DECORROGAÇÃO DAS NORMAS PRÉ-EXISTENTES QUE REGULAVAM A SITUAÇÃO DA PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL. 1. O Supremo Tribunal Federal consolidou entendimento no sentido de que a incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento jurídico pátrio com status de norma supra legal restringiu a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia. Com isso, concluiu aquela Corte Suprema que os tratados internacionais de direitos humanos que tratam da matéria derogam as normas infra-legais autorizadas da custódia do depositário infiel. Tal entendimento foi acompanhado por esta Corte Superior. 2. Recurso ordinário provido. Decisão: a Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. (BRASIL, 2008).

Em função disso, verifica-se que, ao reconhecer o *status* de norma supra legal do Pacto de San José da Costa Rica, o Superior Tribunal de Justiça restringiu a prisão civil por dívida ao descumprimento voluntário e inescusável de prestação alimentícia.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, explica que a hierarquia intermediária de norma supra legal do Pacto de San José da Costa Rica afasta a regra ordinária brasileira que possibilita a prisão civil por dívida:

HABEAS CORPUS. SALVO-CONDUTO. PRISÃO CIVIL. DEPOSITÁRIO JUDICIAL. DÍVIDA DE CÂRATER NÃO ALIMENTAR. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou a orientação de que só é possível a prisão civil do “responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia” (inciso LXVII do art. 5º da CF/88). Precedentes: HCs 87.585 e 92.566, da relatoria do ministro Marco Aurélio. 2. A norma que se extrai do inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal é de eficácia restringível. Pelo que as duas exceções nela contidas podem ser apontadas por lei, quebrantando, assim, a força protetora da proibição, como regra geral, da prisão civil por dívida. 3. O Pacto de San José da Costa Rica (ratificado pelo Brasil – Decreto 678 de 6 de novembro de 1992), para valer como norma jurídica interna do Brasil, há de ter como fundamento de validade o §2º do artigo 5º da Magna Carta. A se contrapor, então, a qualquer norma ordinária originalmente brasileira que preveja a prisão civil como dívida. Noutros termos: o Pacto de San José da Costa Rica, passando a ter como fundamento de validade o §2º do art. 5º da CF/88, prevalece como norma supra legal em nossa ordem jurídica interna e, assim, proíbe a prisão civil por dívida. Não é norma constitucional – à falta do rito exigido pelo §3º do artigo 5º --, mas a sua hierarquia intermediária de norma supra legal autoriza afastar regra ordinária brasileira que possibilite a prisão civil por dívida. 4. No caso, o paciente corre o risco de ver contra si expedido mandado prisional por se encontrar na situação de infiel depositário judicial. 5. Ordem concedida. Decisão: a Turma deferiu o pedido de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. Unânime. (BRASIL, 2009).

DEPOSITÁRIO INFIEL – PRISÃO. A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. Decisão: o Tribunal, por votação unânime, concedeu a ordem de habeas corpus, nos termos do voto do Relator. (BRASIL, 2008).

Conseqüentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Pacto de San José da Costa Rica prevalece como norma supra legal no ordenamento jurídico interno, implicando a derrogação das normas referentes à prisão do depositário infiel e limitando a prisão civil por dívida ao inadimplemento da obrigação alimentar.

Em 03 de dezembro de 2008, a Suprema Corte, definiu que é ilícita a prisão civil do depositário infiel, permanecendo apenas no ordenamento jurídico brasileiro a prisão civil do devedor de alimentos, acolhendo, desse modo, a tese da supra legalidade dos tratados internacionais de direitos humanos que não foram aprovados, conforme alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 (SOUZA, 2010, p. 53).

Por tais razões, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal elevou o Pacto de San José da Costa Rica ao *status* de norma supra legal, vedando expressamente a prisão do

depositário infiel com a edição da Súmula Vinculante n.º 25, subsistindo atualmente somente a prisão civil por inadimplemento inescusável de obrigação alimentar.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, analisou-se o instituto dos alimentos na relação de parentesco, além de se verificar as hipóteses que ensejam a decretação da prisão civil, em decorrência do débito alimentar, demonstrando o cabimento desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

A aplicação do instituto da prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro se justifica em razão da ratificação pelo Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, assinado em 25 de setembro de 1992, passando a vigorar para o país a partir dessa data.

Nota-se que o Pacto de San José da Costa Rica foi elevado no ordenamento jurídico brasileiro como status normativo, uma vez que o referido tratado veda a prisão civil por dívida, permitindo somente a prisão civil no caso de inadimplemento da obrigação alimentar.

Nota-se que este status normativo adquirido pela Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de San José da Costa Rica, retratou que a legislação brasileira é lacunosa quanto à norma que deve ser aplicada, em caso de um conflito entre as normas de Direito Internacional e a normas de Direito Interno, demonstrando que tal embate deve ser solucionado pela doutrina e pela jurisprudência, ficando ao encargo dela estabelecer qual a corrente doutrinária a ser aplicada.

Por fim, realizada uma análise jurisprudencial a respeito do *status* jurídico do Pacto de San José da Costa Rica, verificou-se, de acordo com o entendimento dos Tribunais Superiores, que a corrente adotada com relação ao *status* normativo no ordenamento jurídico brasileiro era a que sustentava a igualdade entre o Tratado e a Lei Federal, em que os tratados são considerados normas infraconstitucionais, os quais têm a mesma força normativa que as leis ordinárias, revogando-se as normas anteriores que com ela sejam incompatíveis.

Entretanto, o atual entendimento do Supremo Tribunal Federal e demais Tribunais inferiores é que os tratados internacionais que não forem aprovados com o quórum previsto no parágrafo 3º, do artigo 5º da Constituição Federal terão caráter de norma supra legal, ou seja, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal, mas acima da Legislação infraconstitucional, fazendo com que as Leis que previam e regulamentavam a prisão civil do



depositário infiel fossem revogadas, subsistindo somente a prisão civil do devedor de alimentos.

## REFERÊNCIAS

ARIOSI, Mariangela de F. *As relações entre o direito internacional e o direito interno*. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21952-21953-1-PB.htm>>. Acesso em: 10 mar.2015.

ATHANÁSIO, Evanguelia Eugênia Gomes. *A prisão civil por dívida alimentícia*. Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2008. Disponível em: <<http://siaibib01.univali.br/pdf/Evanguelia%20Eugenia%20Gomes%20Athanasio.pdf>>. Acesso em: 09 mar. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm) >. Acesso em: 07 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Súmula Vinculante n.º 25. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268>>. Acesso em: 15 mai. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 87.585/TO. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000000127&base=baseAcordao>>. Acesso em: 10 mai. 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Brasília: *Revista Jurídica*. v. 10, n. 90, Edição Especial, abr./mai. 2008. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra\\_Rev90.pdf](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_90/Artigos/PDF/SidneyGuerra_Rev90.pdf)>. Acesso em: 09 mar.2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LINARD, Daniel Gurgel; ALCANTARA, Michele Alencar da Cruz. A Influência do Pacto de San José da costa rica no instituto da prisão civil do depositário infiel no Brasil. *XIX Encontro Nacional do CONPEDI*. Direito Internacional e Globalização. 2010. Florianópolis: BOITEUX, 2010.

LUCA, Guilherme Domingos; SANTOS JUNIOR, Danilo Rinaldi. Guarda compartilhada dos padrastos e madrastas: efetivação do princípio do maior interesse da criança e do adolescente. In: FERRAZ, Carolina Valença; OLIVEIRA, José Sebastião de; POLI, Luciana Costa (Orgs.). *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

261

MARINHO, Livia Ribeiro Veronesi. *O ingresso dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro: a prisão civil do depositário infiel e a constitucionalidade do pacto de San José da costa rica*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<http://www.maxwell.lambda.ele.puc-rio.br/12012/12012.PDF>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Agravo de instrumento nº 1.00223.97.003817-8/002, da 17ª Câmara Cível. Relator: Desembargador Eduardo Mariné da Cunha. Belo Horizonte, 5 de março de 2009. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 09 mar. de 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Doutrina e Prática dos Alimentos*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, Mikelli Marzzini Lucas Alves; AGUIAR FILHO, Valfredo de Andrade. Recepção dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento pátrio e o novo entendimento do STF. *Revista da Universidade Estadual da Paraíba*. v. 1, n.1, 2009. Disponível em: <<http://revista.uepb.edu.br/index.php/datavenia/article/viewFile/509/289>>. Acesso em: 08 mar. 2015.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Habeas corpus nº 70044410975, da Décima Oitava Câmara Cível. Relator: Pedro Celso Dal Prá. Porto Alegre, 10 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 11 de jun. 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito de família*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Habeas corpus nº 2007.050989-1, da Primeira Câmara de Direito Comercial. Relator: Ricardo Fontes. Florianópolis, 8 de novembro de 2007. Disponível em: <[http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only\\_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAJ5zAAD&categoria=acordao](http://app.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAAAJ5zAAD&categoria=acordao)>. Acesso em: 10 mar. 2015.

SANTOS JÚNIOR, Rubens Fernando Clamer dos. *Pacto de são José da costa rica: análise da prisão civil do depositário infiel proveniente de execução trabalhista*. Porto Alegre: Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da IV Região, 2009. Disponível em: <<http://www.amatra4.org.br/publicacoes/cadernos/caderno-12?start=3>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

SOUZA, Gabriela Ribeiro de. *A prisão civil no ordenamento jurídico brasileiro*. Naviraí: Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2011-07-14\\_10-55-58.pdf](http://www.uems.br/portal/biblioteca/repositorio/2011-07-14_10-55-58.pdf)>. Acesso em: 07 mar. 2015.

VALENTIM, Daniela Rodrigues; MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Convenção americana de direitos humanos*. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos, Procuradoria Geral do Estado. Direitos humanos: construção da liberdade e igualdade. São Paulo: Centro de Estudos, 2000.

Submissão: 30/03/2015

Aceito para Publicação: 11/06/2015



## REPENSANDO O CONFLITO ENTRE BACEN E CADE SOB A PERSPECTIVA DA INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO E DO DIÁLOGO DAS FONTES

### RETHINKING THE CONFLICT OF JURISDICTION BETWEEN BACEN AND CADE FROM THE PERSPECTIVE OF THE INTERPRETATION ACCORDING TO THE CONSTITUTION AND THE DIALOG OF FONTS

Andressa Caroline Schneider\*

**RESUMO:** Este artigo analisa os temas da defesa da concorrência e da regulação da atividade econômica para compreender o conflito positivo de competência em matéria concorrencial que envolve o Banco Central do Brasil (BACEN) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ele verifica os principais aspectos da controvérsia envolvendo as duas autarquias, a partir da necessidade de um controle de constitucionalidade por meio da interpretação conforme à Constituição e do método do diálogo das fontes e constata a necessidade de o CADE realizar os controles comportamental e estrutural relacionados ao Sistema Financeiro Nacional (SFN) para que se atenda sobretudo aos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência administrativa, isonomia, livre concorrência e defesa do consumidor.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito da Concorrência. Direito Regulatório. Defesa da Concorrência. Sistema Financeiro Nacional. Princípio constitucional.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Defesa da concorrência e regulação da atividade econômica. 2 Aspectos do conflito de competência em matéria concorrencial: o papel do BACEN. 3 Aspectos do conflito de competência em matéria concorrencial: o papel do CADE. 4 Contribuições ao problema do conflito de competência considerando o diálogo das fontes e a perspectiva principiológica. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** This article examines the issues of the antitrust and of the regulation of economic activity to understand the positive conflict of competence in competition matters involving Central Bank of Brazil (BACEN) and Brazil's Council for Economic Defence (CADE). It checks the main aspects of the dispute involving the two institutions from the need for a judicial review through the interpretation according to the Constitution and the sources dialogue method, and notes the need of CADE to perform the behavioral and structural controls related to the National Financial System (SFN) so that it meets particularly the principles of legality, legal certainty, reasonableness, administrative efficiency, equality, free competition and consumer defense.

**KEYWORDS:** Competition law. Regulatory law. National Financial System. Constitutional principle. Dispute of competence.

264

## INTRODUÇÃO

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e o Banco Central do Brasil (BACEN) mantêm uma disputa de competência em matéria concorrencial desde há muito. Ambas as autarquias pretendem deter competência para analisar e decidir na esfera administrativa as questões relacionadas a condutas anticoncorrenciais e a atos de concentração econômica envolvendo instituições financeiras.

A controvérsia, uma agenda "inacabada" do Antitruste brasileiro, centra-se no aspecto formal, visto que a Lei nº 4.595/1964, que confere ao BACEN competência para, entre outras,

\* Doutora em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Sul (IFRS).

exercer os controles comportamental e estrutural, no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN), foi recepcionada pelo artigo 192 da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) como lei complementar.

Por sua vez, a lei concorrencial em vigor, a Lei nº 12.529/2011, apesar de posterior, é lei ordinária (tal como ocorria com a Lei nº 8.884/1994, a lei concorrencial anterior). E, quanto ao seu caráter, se geral ou especial, tem-se que a Lei nº 12.529/2011 é geral, enquanto a Lei nº 4.595/1964, especial.

Uma outra perspectiva, contudo, permite afirmar que, enquanto a Lei nº 4.595/1964, lei complementar, é lei especial no que tange ao SFN, a Lei nº 12.529/2011 é lei especial no que tange ao Antitruste, se comparada àquela.

Embora à primeira vista a questão pareça simples e contornável pelos métodos tradicionais de solução de conflito de leis, a existência de (i) demandas judiciais, de (ii) parecer<sup>1</sup> da Advocacia-Geral da União (AGU) aprovado pelo Presidente da República e de (iii) constante reafirmação pelo BACEN, de um lado, e pelo CADE, de outro, de suas competências exclusivas concernentes à matéria concorrencial demonstra que a controvérsia permanece e provoca uma insegurança jurídica já demasiadamente prolongada.

O presente estudo, considerando esse cenário, analisa o tema do conflito positivo de competência envolvendo as duas autarquias sob a perspectiva da interpretação conforme à Constituição, principiológica<sup>2</sup> e do diálogo das fontes<sup>3</sup>, a fim de contribuir para a solução da querela, atendendo aos propósitos do sistema constitucional concorrencial brasileiro. Para tanto, ele se divide em quatro etapas, além desta seção introdutória, da conclusão e das referências. Na primeira, abordam-se os temas da defesa da concorrência e da regulação da atividade econômica. Na segunda e terceira, analisa-se dogmaticamente o estado da arte relativo ao conflito de competência em matéria concorrencial entre BACEN e CADE. Na quarta, verifica-se a controvérsia a partir dos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência administrativa, isonomia, livre concorrência e defesa do consumidor. Por fim, apresenta-se uma proposta para a superação da insegurança jurídica que marca a

<sup>1</sup> BRASIL. *Advocacia-Geral da União*. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 30.08.2015.

<sup>2</sup> Conforme Humberto Ávila, os princípios instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um estado de coisas ou, inversamente, instituem o dever de efetivação de um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

<sup>3</sup> Método desenvolvido pelo jurista Erik Jayme e introduzido, no Brasil, pela jurista Claudia Lima Marques.

questão. Ainda, em relação ao aspecto formal, o estudo adota o método empírico, segundo propõe Karl Popper, para quem uma atitude de abertura caracteriza a pesquisa científica, que deve submeter à prova os enunciados, permitindo aferir sua falseabilidade<sup>4</sup>.

## 1 DEFESA DA CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA

Segundo a definição clássica de Friedrich von Hayek, a concorrência é um processo de descoberta.<sup>5</sup> A existência e a preservação desse processo, porém, dependem inexoravelmente do Direito<sup>6</sup>, especialmente do Direito Concorrencial, que pretende corrigir a *lex mercatoria*.<sup>7</sup>

Assim, a presença do Estado, como uma espécie de "interventor", se justifica quando há falhas que inviabilizam que o equilíbrio tão-somente via mercado (e seu *laissez-faire*)<sup>8</sup> coincida com aquele que a sociedade gostaria que ocorresse.<sup>9</sup>

Em regra, a defesa da concorrência é a política pública que exerce esse papel, materializando as normas de Direito Concorrencial. Contudo, há situações que demandam um desenho regulatório próprio, exigindo maior zelo, maior intervenção estatal, por meio da regulação. Esse é o caso do SFN, cuja regulação é realizada pelo BACEN.

Sob o viés histórico, nota-se que a defesa institucional da concorrência é um fenômeno recente na história brasileira. Aponta-se a década de 1930<sup>10</sup> como marco do surgimento das

266

<sup>4</sup> POPPER, Karl. *A Lógica da Pesquisa Científica*. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 51.

<sup>5</sup> HAYEK, Friedrich August von. *Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985, p. 72.

<sup>6</sup> As normas de defesa da concorrência possuem uma característica marcadamente intervencionista e sua existência pressupõe a incapacidade de os agentes econômicos regularem a si mesmos, ainda que tenham de restringir a liberdade de atuação desses mesmos sujeitos. MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). *Direito e economia*. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 141-163, p. 148.

<sup>7</sup> FORGIONI, Paula. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: a formação jurídica do mercado brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). *Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau*. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 764-783, p. 780.

<sup>8</sup> Expressão que significa "não intervenção" ou "não interferência". Recorde-se a fórmula atribuída ao fisiocrata Vincent de Gournay (1712-1759): "*laissez faire les hommes, laissez passer les marchandises*", que significa "deixai os homens fazer, deixai passar as mercadorias". DROUIN, Jean-Claude. *Os grandes economistas: uma introdução à Economia*. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2014, p. 19 e 20.

<sup>9</sup> SCHMIDT, Cristiane. Uber e bem-estar do brasileiro. *Valor econômico*. Opinião. 09.09.2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniao/4214478/uber-e-bem-estar-do-brasileiro>>. Acesso em: 10.09.2015.

<sup>10</sup> No Brasil, o direito da concorrência desenvolveu-se de forma incipiente a partir da década de 1930, com o surgimento de leis esparsas voltadas à defesa da economia popular, à tipificação como crime de determinadas condutas consideradas atentatórias à livre concorrência e, ainda, à definição de uma série de atos contrários à economia nacional. RAMOS, José Nabantino. *Sistema brasileiro de direito econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1977, p. 211.

primeiras normas de cunho concorrencial, ainda que apenas na Constituição de 1946 a ênfase do Direito Concorrencial brasileiro tenha deixado de ser simplesmente a defesa da economia popular para ser enriquecido pelo compromisso com a ordem econômica e pela noção de defesa do consumidor<sup>11</sup>, em demonstração de seu caráter instrumental<sup>12</sup>.

Posteriormente, a Lei nº 4.137/1962 criou o CADE, cuja atuação se consolidou efetivamente a partir da edição da Lei nº 8.884/1994 e foi aperfeiçoada pela Lei nº 12.529/2011, que introduziu alterações significativas na disciplina concorrencial brasileira, como demonstram (i) a formalização do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) que, reestruturado, é formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), e (ii) a introdução de um controle exclusivamente prévio de atos de concentração econômica.

No plano constitucional observa-se a escolha por um sistema econômico capitalista<sup>13</sup>, tendo a CRFB/88 estabelecido que a ordem econômica<sup>14</sup>, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa<sup>15</sup>, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social<sup>16</sup>. Nesse contexto, é importante referir o papel decisivo da livre concorrência, princípio da ordem econômica previsto no artigo 170, IV da CRFB/88.

Entretanto, há situações em que a defesa da concorrência se mostra insuficiente como política pública, o que torna necessária uma regulação estatal específica, como visto. Essas situações envolvem falhas de mercado consideradas insuperáveis, o que demanda um modelo regulatório que atenda as peculiaridades setoriais. Falhas de mercado são causadas, por exemplo, por poder de mercado, informação assimétrica ou imperfeita, bens públicos e externalidades.<sup>17</sup>

Com efeito, a literatura propõe uma classificação da atuação estatal da seguinte forma: denomina-se de "regulamentação social" o controle das situações em que estão presentes

<sup>11</sup> BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 26.

<sup>12</sup> FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

<sup>13</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 305.

<sup>14</sup> Que é uma ordem econômica aberta e que postula um modelo de bem-estar, segundo aponta Eros Roberto Grau. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 307 e 308.

<sup>15</sup> A livre iniciativa é, também, um dos valores sociais que fundamentam a República (artigo 1º, IV da CRFB/88).

<sup>16</sup> Artigo 170, *caput* da CRFB/88.

<sup>17</sup> FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 115.



externalidades e informação imperfeita ou assimétrica. Denomina-se, ainda, de “regulamentação econômica” a prescrição para as situações de monopólio natural da qual deriva o exercício do poder de monopólio. E, enquanto a política antitruste tem a função de controlar o poder de monopólio decorrente de estruturas oligopólicas de mercado, a política industrial associa-se, por sua vez, às falhas intertemporais de mercado.<sup>18</sup>

Contextualizando-se esses instrumentos, observa-se que, com a onda de privatizações que marcou o Brasil na década de 1990, sobretudo em setores de infraestrutura, estabeleceram-se diversas agências reguladoras no País,<sup>19</sup> o que intensificou o debate sobre a melhor forma de conciliar as atividades de regulação setorial e a implementação da defesa da concorrência. Entre as várias configurações relacionadas à questão, destacam-se os modelos de (i) isenção antitruste, (ii) competências concorrentes, (iii) competências complementares, (iv) regulação antitruste e, por fim, (v) desregulação.<sup>20</sup>

A Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) é, por exemplo, uma agência reguladora cuja atuação se aproxima do modelo de competências complementares, conforme se depreende do disposto no artigo 7º da Lei nº 9.472/1997<sup>21</sup>, que expõe um modelo de soma, e não de exclusão, realizando um diálogo das fontes com as normas concorrenciais.

Já em relação ao BACEN, competente para, entre outras atividades, realizar a regulação e a supervisão do SFN, há uma controvérsia importante envolvendo a defesa da concorrência: a sobreposição (*overlapping*) de competências em matéria concorrential (considerando que o

<sup>18</sup> FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 115.

<sup>19</sup> COUTINHO, Diogo Rosenthal; SCHAPIRO, Mario Gomes. Economia política e direito econômico: do desenvolvimento aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). *Direito: teoria e experiência*. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581-617, p. 593 e 594.

<sup>20</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 153.

<sup>21</sup> Assim dispõe o artigo 7º da Lei nº 9.472/1997:

Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações, quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§ 1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§ 2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, por meio do órgão regulador.

§ 3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.

CADE tem a prerrogativa de analisar e decidir, na esfera administrativa, as questões antitruste no País), o que o aproximaria dos modelos de isenção antitruste e de competências complementares.<sup>22</sup> As consequências econômicas, jurídicas, políticas e sociais dessa controvérsia são, contudo, importantes. Elas causam uma insegurança jurídica considerável e, por isso, seus principais aspectos serão analisados nos próximos tópicos.

## 2 ASPECTOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CONCORRENCIAL: O PAPEL DO BACEN

Produto da autonomia privada, a cláusula resolutiva expressa permite que o credor, diante da verificação do evento nela contemplado, opte entre exigir a execução do contrato pelo Como visto, há uma disputa de competência duradoura entre BACEN e CADE. A Lei nº 4.595/1964, recepcionada pelo artigo 192<sup>23</sup> da CRFB/88 como lei complementar, previu a competência privativa do BACEN para conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas (artigo 10, inciso X, alínea "c" da Lei nº 4.595/1964<sup>24</sup>). Além disso, cabe ao BACEN<sup>25</sup> regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos, conforme preceitua o artigo 18, § 2º da Lei nº 4.595/1964<sup>26</sup>.

269

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. *Direito e economia da concorrência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 152.

<sup>23</sup> Dispõe o artigo 192 da CRFB/88:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

<sup>24</sup> Dispõe o artigo 10, inciso X, alínea "c" da Lei nº 4.595/1964:

Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas.

<sup>25</sup> Destaca-se, ainda, a competência privativa prevista no artigo 10, inciso IX e § 1º lei nº 4.595/1964: IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas.

§ 1º No exercício das atribuições a que se refere o inciso IX deste artigo, com base nas normas estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, o Banco Central da República do Brasil, estudará os pedidos que lhe sejam formulados e resolverá conceder ou recusar a autorização pleiteada, podendo incluir as cláusulas que reputar convenientes ao interesse público.

<sup>26</sup> Dispõe o artigo 18, § 2º da lei nº 4.595/1964: Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras. § 2º O Banco Central da República do Brasil, no exercício da fiscalização que lhe compete, regulará as condições de concorrência entre instituições financeiras, coibindo-lhes os abusos com a aplicação da pena nos termos desta lei.

Adveio, ainda, o artigo 5<sup>o</sup><sup>27</sup> da Lei nº 9.447/1997, lei ordinária, que prevê a possibilidade de o BACEN, em alguns casos excepcionais, determinar de forma compulsória a capitalização de sociedade, a transferência de controle acionário e a reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Então, de um lado, a Lei nº 4.595/1964, recepcionada como lei complementar, atribuiu ao BACEN a análise de atos de concentração econômica no setor financeiro, além da repressão a condutas abusivas, e, de outro, as leis ordinárias posteriores, a saber, a Lei nº 8.884/1994 e a Lei nº 12.529/2011, incumbiram o CADE da tarefa de apreciar quaisquer atos de concentração econômica passíveis de gerar efeitos perniciosos à concorrência e de realizar o controle de condutas anticoncorrenciais.

Nesse contexto, passou-se a debater se a competência privativa do BACEN para apreciar atos de concentração econômica no setor financeiro havia sido eventualmente derogada, ou se, ao invés, a competência do BACEN prevaleceria sobre a do CADE, ou, ainda, se ambas coexistiriam.

A AGU dirimiu essa controvérsia ao editar o Parecer GM-020, aprovado pelo Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União (DOU) em 25.04.2001. Nele, concluiu-se que:

a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE<sup>28</sup>.

E, de acordo com o artigo 40, § 1º da Lei complementar nº 73/1993, "o parecer aprovado e publicado juntamente com o despacho presidencial vincula a Administração

<sup>27</sup> Dispõe o artigo 5º da lei nº 9.447/1997:

Art. 5º Verificada a ocorrência de qualquer das hipóteses previstas nos arts. 2º e 15 da Lei nº 6.024, de 1974, e no art. 1º do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, é facultado ao Banco Central do Brasil, visando assegurar a normalidade da economia pública e resguardar os interesses dos depositantes, investidores e demais credores, sem prejuízo da posterior adoção dos regimes de intervenção, liquidação extrajudicial ou administração especial temporária, determinar as seguintes medidas:

I - capitalização da sociedade, com o aporte de recursos necessários ao seu soerguimento, em montante por ele fixado;

II - transferência do controle acionário;

III - reorganização societária, inclusive mediante incorporação, fusão ou cisão.

Parágrafo único. Não implementadas as medidas de que trata este artigo, no prazo estabelecido pelo Banco Central do Brasil, decretar-se-á o regime especial cabível.

<sup>28</sup> BRASIL. *Advocacia-Geral da União*. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 30.08.2015.

Federal, cujos órgãos e entidades ficam obrigados a lhe dar fiel cumprimento".

Contudo, por ocasião da apreciação do Ato de concentração nº 08012.006762/2000-09<sup>29</sup> (caso Finasa/Brasmetal/Zurich), o Tribunal do CADE decidiu de forma oposta ao citado parecer, reafirmando sua competência para a análise concorrencial no âmbito do SFN. Desde então, o CADE não tem se eximido de analisar os atos de concentração econômica notificados ao SBDC e, até mesmo, de determinar a notificação *ex officio*<sup>30</sup>.

Finalmente, o conflito positivo de competência foi levado ao Poder Judiciário a partir da irresignação das partes envolvidas no Ato de concentração nº 08012.002381/2001-23<sup>31</sup> (caso Alliance/BCN) que, autorizado pelo Tribunal do CADE, sofreu imposição de multa pela intempestividade de sua notificação. O caso foi, então, discutido em primeira e segunda instâncias, manifestando-se sobre o tema o TRF da 1ª Região, em decisão de 2007, no âmbito de apelação em mandado de segurança impetrado contra a decisão do CADE que havia determinado a notificação do ato de concentração econômica.<sup>32</sup>

Em decisão majoritária, a 5ª Turma do TRF da 1ª Região asseverou que o CADE tinha competência para apreciar concentrações econômicas no setor financeiro e que as Leis nº 4.595/1964 e 8.884/1994 deveriam ser aplicadas com base na regra da complementaridade. Definiu, ademais, que o parecer da AGU não vinculava o CADE, dada a autonomia particular desta autarquia, um "quase" tribunal cujas decisões não são passíveis de revisão na seara

271

<sup>29</sup> BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Apreciação do ato de concentração nº 08012.006762/2000-09 (caso Finasa/Brasmetal/Zurich). Relatora a conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?45e539cf56cb5eb649da26045c>>. Acesso em: 25.09.2015.

<sup>30</sup> Como demonstra recente despacho da Superintendência-Geral do CADE, que, em 21.09.2015, determinou a notificação à autarquia antitruste da aquisição do Banco Carrefour – CSF pelo Itaú Unibanco. O ato de concentração econômica deveria ter sido apresentado ao CADE por atender aos critérios de notificação obrigatórios estabelecidos pela lei nº 8.884/94, vigente à época em que a operação foi realizada. Assim, como em abril de 2011 houve a aquisição de 49% das ações do capital social do Banco Carrefour pelo Itaú Unibanco, a Superintendência-Geral do CADE instaurou o procedimento administrativo para Apuração de Ato de Concentração (APAC) nº 08700.009520/2015-97. Informações da Assessoria de Comunicação Social do CADE disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?58eb3acf21f60d16e06ec190a3a8>>. Acesso em: 26.09.2015.

<sup>31</sup> BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Apreciação do ato de concentração nº 08012.002381/2001-23 (caso Alliance/BCN). Relator o conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?85a5798f978c61b34cdd2b0f21>>. Acesso em: 25.09.2015.

<sup>32</sup> Assim decidiu o TRF da 1ª Região: "a atribuição de autorizar as instituições financeiras a ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas, outorgadas ao BACEN pelo art. 10, X, 'c', da Lei 4.595/64, não exclui nem substitui a competência deferida ao CADE pela Lei 8.884/64 para apurar e decidir soberanamente sobre os atos de concentração". BRASIL. *TRF da 1ª Região*. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus, j. em 30.08.2007).

administrativa.<sup>33</sup>

Todavia, em sede de julgamento do Recurso Especial nº 109.4218/DF, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu pela vinculação do CADE ao parecer GM-20, como se infere da ementa do acórdão, a seguir colacionada:

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO BACEN OU PELO CADE - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do BACEN, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.
2. Ao CADE cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.
3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.
4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, adota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.
5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).
6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.
7. Recurso especial provido.<sup>34</sup>

272

Já no Supremo Tribunal Federal (STF), o relator do Recurso Extraordinário nº 664.189<sup>35</sup> proferiu decisão monocrática negando seguimento ao recurso extraordinário interposto pela autoridade concorrencial, uma vez que a matéria em discussão diria respeito apenas à legislação infraconstitucional<sup>36</sup>.

Nesse contexto, é revelador que o BACEN tenha editado uma circular relacionada ao tema do controle estrutural cerca de um mês antes de uma nova lei concorrencial entrar em vigor, qual seja, a Lei nº 12.529/2011, que substituiu a Lei nº 8.884/1994. É que, em

<sup>33</sup> BRASIL. *TRF da 1ª Região*. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus.

<sup>34</sup> BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça*. Recurso Especial nº 109.4218/DF, relatora a Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801736771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20.09.2015.

<sup>35</sup> BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário nº 664.189 relator o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE664189.pdf>>. Acesso em: 20.09.2015.

<sup>36</sup> No momento, há agravo regimental interposto pelo CADE pendente de apreciação no STF.

27.04.2012, entrou em vigor a Circular nº 3.590/2012<sup>37</sup>, editada pelo BACEN, que dispõe sobre a análise de atos de concentração econômica no âmbito do SFN. Pouco depois, em 29.05.2012, entrou também em vigor a Lei nº 12.529/2011.

Chama a atenção o fato de a circular não ter estabelecido qualquer critério para determinar a necessidade de uma avaliação concorrencial pelo BACEN (seja de faturamento, seja de participação de mercado). Essa ausência de critérios denota, então, que todos os negócios jurídicos envolvendo as instituições financeiras reguladas estão sujeitas ao controle estrutural do BACEN.

Ainda, a circular estabelece o procedimento convencional de etapas para uma avaliação antitruste, qual seja, (i) definição de mercado relevante, (ii) determinação de parcela do mercado, (iii) análise da probabilidade de exercício de poder de mercado, (iv) geração de eficiências e (v) ponderação de custos e benefícios.<sup>38</sup>

Apesar da diferença na hipótese de incidência material do controle instituído pelo BACEN, os critérios de análise indicados não diferem substancialmente daqueles que baseiam a atuação do CADE. Prevalece a lógica de que restrições à concorrência decorrentes de um ato de concentração econômica só serão admitidas se os benefícios advindos do ato forem suficientes para compensá-las, e desde que tais benefícios sejam repassados aos consumidores.<sup>39</sup>

Esses critérios foram explicitados no Guia para Análise de Atos de Concentração, aprovado pelo Comunicado nº 22.366/2012<sup>40</sup> do BACEN, claramente inspirado no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal<sup>41</sup> exposto na Portaria conjunta

<sup>37</sup> BRASIL. *Banco Central do Brasil*. Circular nº 3.590/2012. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ\\_3590\\_v1\\_O.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ_3590_v1_O.pdf)>. Acesso em: 28.09.2015.

<sup>38</sup> Artigo 4º, parágrafo único, I a V da circular nº 3.590/2012.

<sup>39</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

<sup>40</sup> BRASIL. *Banco Central do Brasil*. Comunicado nº 22.366/2012. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/COMUNICADO22366.pdf>>. Acesso em: 28.09.2015.

<sup>41</sup> BRASIL. *Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico*. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, p. 03. Brasília, DF: 1º.08.2001. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1\\_guia\\_para\\_analise\\_economica\\_de\\_atos\\_de\\_concentracao.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf)>. Acesso em: 20.08.2015.

SEAE/SDE nº 50/2001 (hoje substituído por um novo guia<sup>42</sup>). O primeiro reproduziu a mesma estrutura de análise, além de se valer de diversos conceitos e trechos do segundo.<sup>43</sup>

Assim, a análise do ato de concentração econômica considera cinco etapas detalhadas no guia: (i) definição do mercado relevante das instituições participantes, (ii) determinação das parcelas de mercado sob controle das instituições participantes, (iii) análise quanto à probabilidade de exercício de poder de mercado pela instituição ou instituições resultantes da operação pretendida, (iv) análise quanto às eficiências econômicas que possam ser geradas pelo ato e (v) avaliação da relação entre custo e benefício do ato de concentração econômica.

Embora os atos normativos apresentem o *modus operandi* do controle estrutural realizado pelo BACEN em matéria concorrencial, oferecendo maior certeza e previsibilidade aos agentes econômicos privados, ao mesmo tempo confirmam o cenário de insegurança jurídica provocado pela disputa com o CADE. Isso acaba por impor ônus desmedido aos administrados, que, para evitar sanções administrativas, devem duplicar notificações para o mesmo fim. Implica também o uso ineficiente de estrutura administrativa e de recursos públicos em função de atuações redundantes. Esse cenário de insegurança e ineficiência pode ser agravado caso o BACEN e o CADE apresentem eventual divergência decisória quanto à possibilidade de autorizar ou não determinada concentração econômica.<sup>44</sup>

Considerando, enfim, que ambas as autarquias avocam a competência exclusiva para exercer o controle concorrencial, há um cenário de profunda insegurança jurídica para o (i) administrado, que se vê às voltas com o descompasso entre as práticas e os critérios utilizados por BACEN e CADE, que têm finalidades institucionais diferentes, e para a (ii) Administração, que convive com a ineficiência institucional gerada pela sobreposição (e, eventualmente, contraposição) de atividades. Além disso, a ausência de diálogo entre as esferas pode, em última análise, comprometer a própria aplicação do Direito Concorrencial na

<sup>42</sup> BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em: 16.09.2016.

<sup>43</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

<sup>44</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

medida em que uma está desprovida da cooperação técnica da outra, algo indispensável para um setor tão complexo.<sup>45</sup>

Por fim, cabe referir que, fora do plano judicial, houve tentativas de dirimir o conflito por meio legislativo. Assim, tramita no congresso nacional o Projeto de lei complementar nº 265/2007<sup>46</sup> e o Projeto de lei complementar nº 350/2015<sup>47</sup>, que propõem o compartilhamento das funções entre as duas autarquias para a realização do controle de estruturas no mercado bancário. Conforme o texto em tramitação, atos de concentração envolvendo instituições financeiras devem, primeiramente, ser submetidos ao BACEN. Caso este entenda que a operação traz prejuízos ao sistema financeiro nacional, indeferirá a operação e notificará o CADE, que deverá se abster de realizar o controle de concentração. *A contrario sensu*, caso a operação seja aprovada pelo BACEN, será submetida à análise concorrencial do CADE, que poderá aprová-la ou não.

A matéria também é objeto de um projeto de lei complementar apresentado em 2003<sup>4</sup>, já aprovado pelo Senado, agora sendo analisado pela Câmara, no qual se propõe a atuação complementar das autarquias, sendo o BACEN incumbido de verificar se o ato apresentado afeta a confiabilidade e segurança do sistema financeiro nacional.

275

### 3. ASPECTOS DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CONCORRENCIAL: O PAPEL DO CADE.

Segundo dispõe o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, a lei concorrencial estrutura o SBDC e trata da prevenção e da repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos por ela protegidos. Além disso, conforme dispõe o artigo 4º, o CADE é "entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito

<sup>45</sup> FARACO, Alexandre Ditzel. *Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012*. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

<sup>46</sup> Informações disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=382643>>. Acesso em: 12.09.2016.

<sup>47</sup> Informações disponíveis em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121667>>. Acesso em: 12.09.2016.



Federal". Assim, como se percebe, não há qualquer isenção ou imunidade antitruste para as instituições financeiras, de forma expressa ou tácita, na Lei nº 12.529/2011.

Além disso, destaca-se que a atuação do CADE divide-se em três espécies de controle: o comportamental (repressivo), o estrutural (preventivo) e o educacional (advocacia da concorrência), este desenvolvido em conjunto com a SEAE. Em sua estrutura, a autarquia concorrencial brasileira apresenta três órgãos, quais sejam, (i) o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, órgão administrativo com poder de decisão final na seara da Administração Pública, composto por um presidente e seis conselheiros, (ii) a Superintendência-Geral (SG), que apresenta competências amplas arroladas no artigo 13 da Lei nº 12.529/2011 e (iii) o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), responsável por elaborar estudos e pareceres econômicos.

A ação preventiva realiza-se por meio da análise das operações de concentração econômica (fusões, incorporações de empresas etc.) e cooperação econômica (*joint ventures*, por exemplo). O *caput* do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 dispõe que serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente, (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (conforme dispõe a Portaria interministerial nº 994/2012<sup>48</sup>, dos Ministros da Justiça e da Fazenda, que alterou esses parâmetros legais de faturamento). Ainda, é importante referir que essas operações devem ser notificadas ao SBDC de forma prévia, sob pena de as partes envolvidas incorrerem na prática de *gun jumping*<sup>49</sup>.

276

<sup>48</sup> BRASIL. *Ministérios da Justiça e da Fazenda*. Portaria interministerial nº 994/2012. Disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 22.02.2015.

<sup>49</sup> O CADE já impôs condenações a empresas pela prática de *gun jumping*. Ao julgar o Ato de Concentração 08700.010394/2014-32, em sessão de julgamento realizada em 22.04.2015, por exemplo, o Tribunal do CADE determinou às empresas Brasfrigo Ltda., Brasfrigo S/A e Goiás Verde Ltda. o pagamento de R\$ 3 milhões pela prática de *gun jumping* – situação em que ocorre consumação da operação sem autorização prévia da autoridade concorrencial. Para a conselheira relatora do caso, Ana Frazão, ainda que o ato de concentração não tenha gerado efeitos negativos sobre o mercado, “a ausência de notificação alterou prematuramente as condições de concorrência e trouxe benefícios ilícitos às requerentes, especialmente à compradora, que passou a utilizar os ativos da Brasfrigo sem antes submeter o negócio à análise prévia do CADE”. A consumação da aquisição ficou comprovada a partir do exame do contrato celebrado entre as empresas. Além disso, observou-se, entre outros aspectos, que a Goiás Verde já vinha utilizando em seu *site* as marcas da Brasfrigo, tendo inclusive alterado a

Desse modo, quaisquer concentrações econômicas em que se verifique o preenchimento desses critérios, que envolvem o faturamento ou volume de negócios, estão sujeitas à análise do CADE, independentemente do segmento econômico envolvido. Conforme preleciona Maria Cecília Andrade, os critérios objetivos configuram patamares mínimos para que um ato tenha de ser apresentado ao SBDC<sup>50</sup>, não sendo relevante, para a aplicação da lei concorrencial, se a concentração econômica se trata de uma concentração horizontal, vertical ou conglomerada, encontrando-se as três espécies sujeitas ao controle estatal<sup>51</sup>.

Ainda, observa-se que o controle de atos de concentração econômica consubstancia a função<sup>52</sup> de prevenção às infrações da ordem econômica, conforme preceitua o artigo 1º da Lei nº 12.529/2011, e é uma espécie de filtro pelo qual a autoridade concorrencial<sup>53</sup> verifica a possibilidade de o ato de concentração econômica – cuja tipologia empresarial (*Unternehmensträger*) é variável, podendo o ato revestir-se de uma fusão, de uma aquisição, de uma incorporação, de uma associação, de um contrato ou de uma *joint-venture*, como prevê o artigo 90<sup>54</sup> da Lei nº 12.529/2011<sup>55</sup> – oferecer riscos concorrenciais, ou não. Por isso,

277

---

embalagem dos produtos comercializados sob a marca Jurema. Conforme informações disponíveis em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?ae819167be54a86abc89da68f95e>>. Acesso em: 24.04.2015.

<sup>50</sup> ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 327.

<sup>51</sup> Nesse sentido, Calixto Salomão Filho e Maria Cecília Andrade: SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 325 e ANDRADE, Maria Cecília. *Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94*. São Paulo: Singular, 2002, p. 324.

<sup>52</sup> Uma outra função envolve aspectos societários. Como há pouca possibilidade de controle do poder do sócio majoritário por parte de acionistas minoritários e credores, já que os instrumentos de controle interno e a responsabilidade externa não têm extensão nem profundidade suficientes, faz-se necessário submeter ao controle concorrencial um número maior de concentrações e formas de cooperação econômica. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 530.

<sup>53</sup> Elisabeth Farina observa que "a presença de uma agência forte de defesa da concorrência é especialmente importante quando a estratégia setorial é concebida e implementada por associações privadas. Entretanto, essas agências devem reconhecer que em uma economia de mercado há um enorme espaço a ser ocupado por ações de caráter cooperativo e que não devem ser ingenuamente confundidas com ações cartelizadas visando apenas lucros monopólicos de curto prazo. Esse tipo de ação é, obviamente, possível e passível de controle. Entretanto, a provisão de bens coletivos demanda uma ação coordenada entre potenciais concorrentes e que promove a competitividade tanto de firmas individuais quanto do setor como um todo". FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade: mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997, p. 153.

<sup>54</sup> É interessante observar que o artigo 54 da Lei nº 8.884/1994 previa hipótese elástica de concentração econômica, abarcando quaisquer atos jurídicos como passíveis de notificação ao CADE, em consonância com a possibilidade de existência de estruturas societárias cooperativas, já que existe controle minoritário interno ou controle externo (de fato ou de Direito) que leva a uma tal interdependência entre as empresas que é possível e provável que entre elas venha a existir cooperação econômica. Assim, para prevenir formas societárias que visem elidir a aplicação da regra geral baseada na "influência dominante", a doutrina alemã desenvolveu o conceito de "influência relevante do ponto de vista concorrencial" (*wettbewerblich erheblichen Einfluss*<sup>54</sup>),

ele exerce uma função que se vincula claramente à defesa do consumidor.

A outra vertente da análise concorrencial, chamada repressiva, realiza-se pela averiguação e repressão de condutas anticoncorrenciais, cuja definição está contida no artigo 36, *caput* e incisos da Lei nº 12.529/2011. Além disso, o artigo 36, § 3º da Lei nº 12.529/2011 apresenta uma lista exemplificativa (*numerus apertus*) de condutas que, se configurarem hipótese prevista no artigo 36, *caput* e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica (a exemplo das hipóteses de venda casada, recusa de venda, elevação de preço sem justa causa, entre outras).

Com efeito, percebe-se que a Lei nº 12.529/2011 não apresenta quaisquer hipóteses de exceção à sua aplicação. Ela estrutura o SBDC com especial destaque para a atuação do CADE, autarquia com *expertise* e competência exclusiva para exercer o controle antitruste, no Brasil, em quaisquer segmentos econômicos, o que inclui o financeiro. Além disso, observa-se que o CADE é apontado há alguns anos como agência de prestígio internacional<sup>56</sup>, o que reforça a tese do reconhecimento de sua competência pelo argumento reputacional<sup>57</sup>. Nesse contexto, é interessante trazer à colação a apreciação, pelo Tribunal do CADE, em 2004, do Ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank), cuja ementa segue:

Ato de Concentração. Formação de *joint venture* envolvendo instituições financeiras. Operação internacional com reflexos no país. Consolidação da competência do CADE para análise de operações envolvendo instituições financeiras. Ausência de impactos concorrenciais. Aprovação da operação sem

também aplicável ao controle das condutas. COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 534 e 539.

<sup>55</sup> Dispõe o artigo 90: art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

<sup>56</sup> O CADE foi premiado como a melhor agência concorrencial de 2010 nas Américas pela *Global Competition Review*, entidade organizadora da premiação, conforme notícia o *site* da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) do Distrito Federal (DF) e, também, como melhor agência concorrencial de 2014, conforme notícia o *site* institucional da autarquia. Informações disponíveis em: <<http://www.oabdf.org.br/noticias/cade-recebe-premio-de-melhor-agencia-nas-americas/#.VOJ6blf5Twe>>

e <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?7ccf5eab45da31f20734075cea53>>. Acessos em: 16.02.2015 e 15.04.2015, respectivamente.

<sup>57</sup> FREIRE, André Luís M. Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do CADE pelo argumento reputacional. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília: CADE, v. 02, n. 01, maio 2014, p. 106-129.

restrições.<sup>58</sup>

Nota-se, aí, expressamente, a disposição do Tribunal do CADE para consolidar sua competência em face do BACEN, tanto que restou afastada a força vinculante do parecer da AGU. Em seu voto, o então conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou argumentos importantes, já aventados no caso Finasa/Brasmetal/Zurich, para subsidiar o reconhecimento da competência concorrente do CADE e do BACEN para exercer o controle antitruste no setor financeiro, como se verifica:

(i) ausência de isenção ou imunidade concorrential para as instituições financeiras,

(ii) ausência de conflito entre o disposto na Lei nº 4.595/1964 e na Lei nº 12.529/2011, visto que não existe superioridade hierárquica entre lei complementar e lei ordinária<sup>59</sup> e as competências previstas na primeira (ótica prudencial) e na segunda (ótica concorrential) não são excludentes, mas concorrentes – além de complementares,

(iii) ausência de especialidade da Lei nº 4.595/1964 em relação à Lei nº 12.529/2011, visto que esta é especial no que tange à adjudicação concorrential das concentrações no sistema financeiro e, finalmente,

(iv) caráter excepcional da Lei nº 9.447/1997, que permite ao BACEN determinar a concentração de instituições financeiras, visto que objetiva proteger a higidez do sistema (cabendo a análise de risco sistêmico indubitavelmente ao BACEN), não se prestando a justificar uma suposta competência exclusiva do BACEN na matéria.<sup>60</sup>

279

<sup>58</sup> BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Apreciação do ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank). Relator o conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao\\_Extra\\_30/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-005581-AbnMellon-Bank.pdf](http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_Extra_30/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-005581-AbnMellon-Bank.pdf)>. Acesso em: 25.09.2015.

<sup>59</sup> Em 17 de setembro de 2008 o Pleno do STF julgou os Recursos Extraordinários nº 377.457 e 381.964 entendendo constitucional, por 08 votos a 02, o artigo 56 da Lei ordinária nº 9.430/96, que revogou a isenção concedida às sociedades civis pela Lei complementar nº 70/91. No julgamento, considerou-se a orientação fixada pelo STF na ADC nº 01/DF, no sentido de que não haveria hierarquia constitucional entre lei complementar e lei ordinária – mas apenas âmbitos materiais de atuação distintos – e que seria inexigível o instrumento de lei complementar para disciplinar os elementos próprios à hipótese de incidência das Contribuições Sociais desde logo previstas no texto constitucional, como no caso da COFINS. Assim, para o STF, o art. 56 da Lei nº 9.430/96 seria dispositivo legitimamente veiculado por legislação ordinária para revogar dispositivo inserto em norma materialmente ordinária, no caso, a Lei complementar nº 70/91.

<sup>60</sup> BRASIL. *Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Voto do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ao apreciar o ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank), p. 615-617. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000662531407.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000662531407.pdf)>. Acesso em: 25.09.2015.

É importante referir, ainda, que a Lei nº 12.529/2011 prevê expressamente a possibilidade de participação das agências reguladoras no processo decisório, como informa o artigo 65, I:

Art. 65. No prazo de 15 (quinze) dias contado a partir da publicação da decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração, na forma do inciso I do caput do art. 54 e do inciso I do caput do art. 57 desta Lei:

I - caberá recurso da decisão ao Tribunal, que poderá ser interposto por terceiros interessados ou, em se tratando de mercado regulado, pela respectiva agência reguladora.

Desse modo, faculta-se a qualquer agência reguladora, inclusive ao BACEN, recorrer da decisão da Superintendência-Geral que aprove ato de concentração econômica ao Tribunal Administrativo do CADE, possibilidade assegurada igualmente ao Ministério Público Federal, como informa o artigo 3º, VIII da Resolução conjunta PGR/CADE nº 01/2016<sup>61</sup>.

#### 4 CONTRIBUIÇÕES AO PROBLEMA DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA CONSIDERANDO O DIÁLOGO DAS FONTES E A PERSPECTIVA PRINCÍPIOLÓGICA

280

A análise do estado da arte envolvendo o problema do conflito positivo de competência entre BACEN e CADE demonstra que a querela persiste, inobstante a publicação de parecer da AGU, em 2001, a judicialização da questão, a afirmação reiterada das competências por ambas as autarquias, a edição de circular e de comunicado, pelo BACEN, a promulgação de nova lei concorrencial, em 2012, e a tramitação atual de projetos de lei que visam alterar o *status quo*.

Assim, propõe-se a análise da controvérsia a partir de alguns instrumentos, quais sejam: o controle de constitucionalidade por meio da interpretação conforme à Constituição e o método do diálogo das fontes, considerando que a defesa da concorrência é parte de um sistema constitucional concorrencial.

A interpretação conforme à Constituição, técnica de decisão de controle de constitucionalidade, trata da possibilidade de se salvar uma norma fazendo com que ela permaneça no ordenamento jurídico. Portanto, o STF pode declarar a constitucionalidade de

<sup>61</sup> BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Ministério Público Federal. Resolução conjunta PGR/CADE nº 01/2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgp/documentos/resolucao-conjunta-cade>>. Acesso em: 02.10.2016.

uma norma, desde que tenha determinada interpretação compatível com a Constituição ou mesmo pode declarar a constitucionalidade de uma norma, desde que tenha determinada interpretação e parte de seu texto seja suprimido.<sup>62</sup>

De acordo com o artigo 28, parágrafo único da Lei nº 9.868/1999, os efeitos da decisão do STF serão *erga omnes* e vinculantes. E, se o juiz ou tribunal utilizar a norma de outra forma que não a delimitada pelo STF, poderá ensejar reclamação, com base no artigo 102, I, alínea "I" da CRFB/88. Assim, tem-se que a interpretação conforme à Constituição permite ao STF negar a possibilidade de leis contrárias à Constituição permanecerem no ordenamento. É nesse sentido que se pode sustentar a constitucionalidade da Lei nº 4.595/1964 desde que a parte de seu texto que trata do controle antitruste seja suprimida.

Como se sabe, o constituinte originário previu tão-somente a uma determinada e específica lei (e a exigência de lei é, por si só, instrumento de segurança jurídica<sup>63</sup>) a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sem contemplar qualquer exceção a essa previsão. Essa lei é claramente a Lei nº 12.529/2011, um microsistema que tem matriz constitucional evidente, *vis-à-vis* o disposto no artigo 173, § 4º da CRFB/88.

Considerando a disposição do artigo 173, § 4º da CRFB/88 percebe-se que a Lei nº 12.529/2011 se trata de uma lei de repressão ao abuso do poder econômico<sup>64</sup>, e não de uma lei de proteção da livre concorrência (caso do *Sherman Act*, por exemplo)<sup>65</sup>. Decorre daí o fato de que, no Brasil, se privilegia sobretudo a repressão ao abuso do poder econômico, o que implica dizer que, inobstante não sejam prejudiciais à livre concorrência, algumas condutas são vedadas pela lei. Como exemplo, cita-se a proibição relacionada ao aumento arbitrário de

<sup>62</sup> FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 8ª ed. Salvador: Juspodium, 2016, p. 1449 e 1450.

<sup>63</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 248.

<sup>64</sup> O fenômeno do poder econômico, no Brasil, remonta à própria constituição do Estado, tendo em vista as raízes coloniais do País, que assumiu em um primeiro momento a forma de um monopólio econômico dominado por Portugal. Enquanto colônia de uma metrópole distante, o País apresentava uma estrutura burocrática diluída e que objetivava primordialmente proteger a estrutura econômica, que surgiu antes mesmo da formação do Estado. Ainda depois disso, a concentração econômica se reproduz do mesmo modo: concentração regional da atividade econômica, concentração industrial em setores determinados, concentração fundiária etc. E, mais importante do que a formatação econômico-estatal, essa situação teve conseqüências sociais profundas, levando à criação de padrões de desigualdade que acompanharam o desenvolvimento dos ciclos, que, do ponto de vista social, poderiam ser chamados de ciclos de drenagem. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 27 a 30.

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. 5ª ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 240.

lucros (artigo 36, III da Lei nº 12.529/2011), hipótese que, embora para a Economia seja aceitável (porque fator inegável de estímulo à competição), para o Direito não o é na medida em que contém a ideia de abuso, perfazendo um ato antijurídico, contrário à boa-fé.

No que tange à Lei nº 4.595/1964, percebe-se que seu *status* de lei complementar provém do disposto no artigo 192 da CRFB/88, *litteris*:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

A pergunta que se deve responder, portanto, é: em que consiste o "Sistema Financeiro Nacional"? Qual sua amplitude? O conceito inclui, também, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário (uma atividade que é desenvolvida pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), como determinou o constituinte originário?

O BACEN, que foi criado pela Lei nº 4.595/1964, é o principal executor das orientações do Conselho Monetário Nacional (CMN) e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional, tendo por objetivos: zelar pela adequada liquidez da economia, manter as reservas internacionais em nível adequado, estimular a formação de poupança e zelar pela estabilidade e promover o permanente aperfeiçoamento do sistema financeiro<sup>66</sup>.

Dentre suas atribuições estão: emitir papel-moeda e moeda metálica, executar os serviços do meio circulante, receber recolhimentos compulsórios e voluntários das instituições financeiras e bancárias, realizar operações de redesconto e empréstimo às instituições financeiras, regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis, efetuar operações de compra e venda de títulos públicos federais, exercer o controle de crédito, exercer a fiscalização das instituições financeiras, autorizar o funcionamento das instituições financeiras, estabelecer as condições para o exercício de quaisquer cargos de direção nas instituições financeiras, além de vigiar a interferência de outras empresas nos mercados financeiros e de capitais e controlar o fluxo de capitais estrangeiros no País<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Conforme dados disponíveis no sítio institucional do BACEN e disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/bacen.asp>>. Acesso em: 16.09.2016.

<sup>67</sup> Conforme dados disponíveis no sítio institucional do BACEN e disponíveis em: <<http://www.bcb.gov.br/Pre/composicao/bacen.asp>>. Acesso em: 16.09.2016.

Como se percebe, a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário não está arrolada entre as competências atribuídas ao SFN pelo artigo 192 da CRFB/88 e ao BACEN pela Lei nº 4.595/1964 – e que se trata de competência atribuída exclusivamente ao SBDC e, em particular, ao CADE, de acordo com o artigo 173, § 4º da CRFB/88 e com a Lei nº 12.529/2011.

Ora, é preciso que o ordenamento jurídico atenda aos requisitos de coerência, consistência e calculabilidade, além do requisito de cognoscibilidade. Segundo Humberto Ávila, coerência significa, da perspectiva estática, a relação de suporte que determinada alternativa obtém do conjunto do ordenamento jurídico e, da perspectiva dinâmica, a exigência de aplicação uniforme das normas (o que se coaduna com o princípio da isonomia, já que não se poderia permitir tratamento antitruste diferenciado a um determinado segmento econômico). Já o dever de consistência refere-se à exigência de não-contradição (princípio da lógica aristotélica) entre as normas tanto na fase de sua edição pelo Poder Legislativo quanto na fase de sua aplicação (o que reforça a necessidade de reconhecimento de uma competência *lato sensu* ao CADE, visto que a manutenção de um controle antitruste pelo BACEN, para atender ao SFN, pode gerar decisões díspares, distintas daquelas adotadas pelo CADE, e até mesmo contradizê-las, em afronta, igualmente, ao princípio da razoabilidade).<sup>68</sup>

Destaca-se, aqui, finalmente, o requisito da calculabilidade, que significa, por sua vez, a capacidade de o administrado antecipar as consequências atribuíveis pelo Direito a fatos ou a atos, de modo que a consequência efetivamente aplicada no futuro situe-se dentro daquelas alternativas reduzidas e antecipadas no presente. Ela diz respeito à capacidade de o administrado conhecer os sentidos possíveis da norma a que vai obedecer e de controlar a concretização a ser dada a esta pelo Poder Executivo e pelo Poder Judiciário.<sup>69</sup> Desse modo, o tema do conflito positivo de competência entre BACEN e CADE deve ser abordado sob a perspectiva da possibilidade de identificação normativa (cognoscibilidade), já que o agente econômico (administrado), apesar de ter conhecimento da existência e da vigência das normas em geral, não tem certeza da norma a que deve obedecer, considerando-se a Lei nº 4.595/1964 e a Lei nº 12.529/2011. Ainda, o problema retira do administrado, no âmbito do SFN, a

<sup>68</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 350.

<sup>69</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 604.



calculabilidade, a possibilidade de antecipar as consequências de seus atos na esfera concorrencial.

Adicionalmente, pode-se vislumbrar o tema sob o viés do princípio da isonomia. Afinal, por que o Estado concederia a alguns agentes econômicos, simplesmente pelo fato de pertencerem ao SFN, um tratamento concorrencial diferenciado se comparado aos demais agentes econômicos, vinculados ao sistema "geral", e não ao "próprio"? Um modelo republicano não admite tal diferenciação, que tem, além disso, impacto financeiro claro, já que há a manutenção de um sistema próprio de controle antitruste, para atender a instituições financeiras, e a manutenção de um sistema geral, que compreende o SBDC, o que envolve uma sobreposição de funções que é injustificável sob o prisma da eficiência administrativa.

Além disso, o diálogo das fontes (*der Dialog der Quellen*)<sup>70</sup>, técnica que, apesar de pensada, em um primeiro momento, para ser aplicada ao Direito Internacional Privado, é utilizável em diversos ramos<sup>71</sup> do Direito, sobretudo em uma Teoria Geral do Direito, permite uma "conversa", uma atitude de abertura do intérprete que analisa duas normas (*in casu* a Lei nº 12.529/2011 e a Lei nº 4.595/1964) para que uma possa complementar a outra. Ele pode ser utilizado sempre que os direitos fundamentais e os valores constitucionais iluminem a aplicação – simultânea e coerente – de várias fontes, auxiliando na escolha das leis a aplicar, na sua ordem e na interpretação delas "conforme à Constituição".<sup>72</sup>

Assim, ao se analisar as Leis nº 12.529/2011 e 4.595/1964, verifica-se que a primeira orienta-se expressamente pela "liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico", como preceitua o artigo 1º, enquanto a segunda não o faz expressamente. Além disso, partindo-se da perspectiva do consumidor, sujeito vulnerável a quem o processo concorrencial em última análise se destina, é de se destacar que a defesa do consumidor, direito fundamental e princípio da ordem econômica, pressupõe a existência de concorrência, veículo que lhe permite o exercício do direito ao consumo e do direito à escolha - uma noção sequer presente

<sup>70</sup> JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. Cours général de droit international privé. Hague: The Hague Academy of International Law: 1995, p. 259 (documento eletrônico).

<sup>71</sup> Considerando-se que os diferentes ramos do Direito constituem subsistemas fundados em uma lógica interna e na compatibilidade externa com os demais subsistemas. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 329 e 330.

<sup>72</sup> MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 766.

na Lei nº 4.595/1964, sendo objeto apenas do já citado Comunicado nº 22.366/2012 do BACEN.

Então, a partir da utilização do método do diálogo das fontes, pode-se afirmar que, como a defesa da concorrência constitui uma "técnica relacionada à implementação de políticas públicas"<sup>73</sup> que é essencial para a tutela da concorrência, uma garantia institucional<sup>74</sup> e constitucional, e, por conseguinte, para a tutela dos consumidores (e a defesa do consumidor tem, como se sabe, *status* de direito fundamental, segundo o artigo 5º, XXXII da CRFB/88) e dos concorrentes e como há apenas uma lei, na análise comparativa realizada entre as Leis nº 12.529/2011 e 4.595/1964 que atende substancialmente ao propósito constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, é a aplicação daquela, a Lei nº 12.529/2011, que se impõe.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

285

A manutenção de duas leis (Lei nº 4.595/1964 e Lei nº 12.529/2011) em tese aplicáveis ao controle antitruste realizado no âmbito do SFN, além da sobreposição de funções de duas autarquias, BACEN e CADE, no que tange à questão concorrencial, é uma tautologia<sup>75</sup>, demonstrando desrespeito a diversos princípios jurídicos.

A partir da utilização do controle de constitucionalidade por meio da interpretação conforme à Constituição e do método do diálogo das fontes, verificou-se que se pode sustentar a constitucionalidade da Lei nº 4.595/1964 desde que a parte de seu texto que trata do controle antitruste seja suprimida, visto que o constituinte originário previu tão-somente a uma determinada e específica lei a repressão ao abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, sem contemplar qualquer exceção a essa previsão. Essa lei é claramente a Lei nº 12.529/2011,

<sup>73</sup> Segundo Paula Forgioni, atualmente, quando se compreende o caráter instrumental das normas antitruste, inseridas em um contexto de direito econômico, não se pode deixar de referi-lo como "técnica relacionada à implementação de políticas públicas". FORGIONI, Paula Andrea. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

<sup>74</sup> Nesse sentido uma visão interessante é a de Calixto Salomão Filho, para quem "do ponto de vista do direito positivo não há dúvida de que a ordem concorrencial constitui um interesse institucional". SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 98.

<sup>75</sup> E o sistema jurídico, como qualquer sistema social, não pode admitir nem tautologias nem paradoxos, embora conviva com eles. GIORGI, Raffaele De. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 1970. Apêndice. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2ª ed. *O Direito na sociedade complexa*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 186.



um microsistema que tem matriz constitucional evidente, *vis-à-vis* o disposto no artigo 173, § 4º da CRFB/88.

Além disso, como a defesa da concorrência constitui uma técnica relacionada à implementação de políticas públicas que é essencial para a tutela da concorrência e, por conseguinte, para a tutela dos consumidores (e a defesa do consumidor tem, como se sabe, *status* de direito fundamental, segundo o artigo 5º, XXXII da CRFB/88) e dos concorrentes, e como há apenas uma lei, na análise comparativa realizada entre as Leis nº 12.529/2011 e 4.595/1964 que atende substancialmente ao propósito constitucional da repressão ao abuso do poder econômico, é a aplicação daquela, a Lei nº 12.529/2011, que se impõe, no que tange à questão concorrencial.

Finalmente, considerando-se a análise realizada, propõe-se que o controle antitruste relacionado ao SFN seja realizado tão-somente pelo CADE, com participação do BACEN como interlocutor, dadas as particularidades do sistema financeiro, para que se atenda sobretudo aos princípios da legalidade, segurança jurídica, razoabilidade, eficiência administrativa, isonomia, livre concorrência e defesa do consumidor.

286

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.

ANDRADE, Maria Cecília. Controle de concentrações de empresas: estudo da experiência comunitária e a aplicação do artigo 54 da lei nº 8.884/94. São Paulo: Singular, 2002.

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

\_\_\_\_\_. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 15. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5a ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da



Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GM-020/2001. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>>. Acesso em: 30.08.2015.

\_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. Circular nº 3.590/2012. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ\\_3590\\_v1\\_O.pdf](http://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/49210/Circ_3590_v1_O.pdf)>. Acesso em: 28.09.2015.

\_\_\_\_\_. Banco Central do Brasil. Comunicado nº 22.366/2012. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/COMUNICADO22366.pdf>>. Acesso em: 28.09.2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apreciação do ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank/ABN Amro Bank). Relator o conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao\\_Extra\\_30/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-005581-AbnMellon-Bank.pdf](http://www.cade.gov.br/plenario/Sessao_Extra_30/Acordaos/Acordao-AC-2002-08012-005581-AbnMellon-Bank.pdf)>. Acesso em: 25.09.2015.

287

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apreciação do ato de concentração nº 08012.002381/2001-23 (caso Alliance/BCN). Relator o conselheiro Celso Fernandes Campilongo. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?85a5798f978c61b34cdd2b0f21>>. Acesso em: 25.09.2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Apreciação do ato de concentração nº 08012.006762/2000-09 (caso Finasa/Brasmetal/Zurich). Relatora a conselheira Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?45e539cf56cb5eb649da26045c>>. Acesso em: 25.09.2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias\\_do\\_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf](http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf)>. Acesso em: 16.09.2016.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto do conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva ao apreciar o ato de concentração nº 08012.005581/2002-19 (caso Mellon Bank N.A. e ABN Amro Bank N.V.). Disponível em:

<[http://www.cade.gov.br/temp/D\\_D000000662531407.pdf](http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000662531407.pdf)>. Acesso em: 25.09.2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Ministério Público Federal. Resolução conjunta PGR/CADE no 01/2016. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-conjunta-cade>>. Acesso em: 02.10.2016.

\_\_\_\_\_. Ministérios da Justiça e da Fazenda. Portaria interministerial nº 994/2012. Disponível em: <<http://cade.gov.br/upload/Portaria%20994.pdf>>. Acesso em: 22.02.2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50/2001. Brasília, DF: 10.08.2001. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1\\_guia\\_para\\_analise\\_economica\\_de\\_atos\\_de\\_concentracao.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf)>. Acesso em: 20.08.2015.

\_\_\_\_\_. Secretaria de Acompanhamento Econômico e Secretaria de Direito Econômico. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50/2001. Brasília, DF: 10.08.2001. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1\\_guia\\_para\\_analise\\_economica\\_de\\_atos\\_de\\_concentracao.pdf](http://www.cade.gov.br/upload/2001portariaConjunta50-1_guia_para_analise_economica_de_atos_de_concentracao.pdf)>. Acesso em: 20.08.2015.

288

\_\_\_\_\_. Secretaria Nacional do Consumidor e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Nota técnica conjunta nº 08 do CADE e da SENACON. Brasília, DF: 12.05.2014.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 109.4218/DF, relatora a Ministra Eliana Calmon. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200801736771&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>>. Acesso em: 20.09.2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 664.189 relator o Ministro Dias Toffoli. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE664189.pdf>>. Acesso em: 20.09.2015.

\_\_\_\_\_. TRF da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança nº 2002.34.00.033475-0/DF, Des. Rel. Selene Maria de Almeida, Rel. para o Acórdão Des. Fagundes de Deus.

CARPENA, Heloisa. O consumidor no direito da concorrência. Rio de Janeiro: Renovar,



2005.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. O poder de controle na sociedade anônima. 4a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COUTINHO, Diogo Rosenthal; SCHAPIRO, Mario Gomes. Economia política e direito econômico: do desenvolvimento aos desafios da retomada do ativismo estatal. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo I. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 581-617.

DROUIN, Jean-Claude. Os grandes economistas: uma introdução à Economia. Lisboa: Edições Texto & Grafia, 2014.

FARINA, Elisabeth; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. Competitividade: mercado, Estado e organizações. São Paulo: Singular, 1997.

289

FARACO, Alexandre Ditzel. Análise de atos de concentração pelo Banco Central realizada em 25.05.2012. Disponível em: <<http://www.levysalomao.com.br/publicacoes/Boletim/analise-de-atos-de-concentracao-pelo-banco-central>>. Acesso em: 20.08.2015.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. Princípios constitucionais econômicos e princípios constitucionais sociais: a formação jurídica do mercado brasileiro. In: COSTA, José Augusto Fontoura; ANDRADE, José Maria Arruda de; MATSUO, Alexandra Mery Hansen (Orgs.). Direito: teoria e experiência. Estudos em homenagem a Eros Roberto Grau. Tomo II. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 764-783.

FREIRE, André Luís M. Concorrência no mercado bancário: incremento da competência do CADE pelo argumento reputacional. Revista de Defesa da Concorrência, Brasília: CADE, v. 02, n. 01, maio 2014, p. 106-129.

GIORGI, Raffaele De. Luhmann e a teoria jurídica dos anos 1970. Apêndice. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes. 2a ed. O Direito na sociedade complexa. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.



FERNANDES, Bernardo Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 8a ed. Salvador: Juspodium, 2016.

FORGIONI, Paula Andrea. Os fundamentos do antitruste. 5a ed., rev., atual., e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na constituição de 1988. 17. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

HAYEK, Friedrich von. Direito, legislação e liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política. São Paulo: Visão, 1985.

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé. Hague: The Hague Academy of International Law: 1995.

MAMMI, Antonio Bender. Controle de estruturas no Sistema Financeiro Nacional. Revista do IBRAC, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 26, jul./dez. 2014, p. 11-28.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRAGEM, Bruno. Direito da concorrência e raciocínio econômico: intersecções entre o direito e a economia na experiência brasileira. In: TIMM, Luciano Benetti (Coord.). Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 141-163.

OLIVEIRA, Gesner; RODAS, João Grandino. Direito e economia da concorrência. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

POPPER, Karl. A Lógica da Pesquisa Científica. São Paulo: Cultrix, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito concorrencial. São Paulo: Malheiros, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria

do Advogado Ed., 2009.

SCHMIDT, Cristiane. Uber e bem-estar do brasileiro. Valor econômico. Opinião. 09.09.2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/opiniaio/4214478/uber-e-bem-estar-do-brasileiro>>. Acesso em: 10.09.2015.

VAZ, Isabel. Direito econômico da concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Submissão: 28/09/2015  
Aceito para Publicação: 07/10/2016





## DA TEORIA DA REGULAÇÃO AO DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO: CONTRIBUTOS A PARTIR DA OBRA DE ALAIN SUPIOT

*FROM REGULATION THEORY TO DIALOGUE BETWEEN THE SOURCES OF LAW:  
CONTRIBUTIONS FROM THE WORK OF ALAIN SUPIOT*

Maria Cândida Simon Azevedo\*

Wilson Engelmann\*\*

**RESUMO:** O presente estudo visa analisar como o Direito do Trabalho pode enfrentar a complexidade gerada pela sociedade atual. Para tanto, busca-se propor um panorama acerca da visão do Direito do Trabalho na concepção de Alain Supiot, na medida em que o autor procura em seus pilares de sustentação o fundamento desse ramo específico. Primeiramente, no segundo capítulo será analisada a crítica à atual conjectura do Direito do Trabalho na concepção de Supiot, na medida em que o desvirtuamento dos institutos ocasionou a desestruturação do ramo em questão. O terceiro capítulo tratará da reconstrução do Direito do Trabalho através da superação dos pressupostos positivistas tradicionais, trazendo à tona a teoria da regulação de Supiot, a qual visa, através do direito coletivo, propor uma reestruturação do Direito do Trabalho. Por fim, na medida em que a estrutura jurídica atual, proposta por Pontes de Miranda, não condiz com as necessidades impostas por essa inovação, há uma urgente necessidade em se rever a Teoria do Fato Jurídico, pois esta tem a lei como único suporte fático. Portanto, no último capítulo será proposto um diálogo entre as fontes do direito como a estrutura normativa para executar a teoria da regulação, na busca por respostas jurídicas apropriadas aos novos direitos e deveres, ou seja, o Estado deve fixar parâmetros e princípios, através dos quais os atores envolvidos diretamente terão que se basear e a partir daí buscar regulações próprias e adequadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho. Diálogo entre as Fontes. Teoria da Regulação.

**SUMÁRIO:** Introdução. Introdução. 1 O Direito do Trabalho na Concepção de Alain Supiot. 2 A Reconstrução do Direito do Trabalho: Superação dos Pressupostos Tradicionais. 3 O Diálogo entre as Fontes do Direito como a Estrutura Normativa para Executar a Teoria da Regulação. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** This study aims to examine how labor law can face the complexity generated by the present society. Therefore, it seeks to propose an overview about the labor law as it was designed by Alain Supiot, who sought the foundation of this particular legal branch in its supporting pillars. First, in the second chapter, the Supiot's critic to the current conjecture of labor law will be considered, since the distortion of institutes led to the disintegration of the legal branch in question. The third chapter will deal with the reconstruction of the Labor Law by overcoming the traditional positivist assumptions, bringing up the regulation theory of Supiot, which aims a reconstruction of the Labor Law through collective rights. Finally, since the current legal framework proposed by Pontes de Miranda in Brazilian Law isn't consistent with the requirements imposed by this innovation, there is an urgent need to review this theory, as it proposes the legislation as the unique support. Therefore, in the last chapter, a dialogue between the sources of Law as the regulatory framework to implement the regulation theory will be proposed, in the search for appropriate legal answers to the new rights and duties, understanding that the State should set parameters and principles that should be observed by the actors directly involved and search for the proper and adequate regulation.

**KEYWORDS:** Labor Law. Dialogue between the sources. Regulation theory.

293

\* Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Advogada.

\*\* Doutor e Mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Rio Grande do Sul. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Líder do Grupo de Pesquisa JUSNANO, registrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Bolsista de Produtividade em Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

## INTRODUÇÃO

A partir da concepção de que o Direito do Trabalho se encontra em uma crise, na medida em que seus pilares de sustentação encontram-se fragilizados ou, até mesmo, desvirtuados, é necessário operar uma quebra de paradigma em sua estrutura fundamental.

A visão do trabalhador como sujeito de direito, decorrente das reivindicações perpetradas com o passar dos anos, propiciou o surgimento do direito coletivo. Este, portanto, é a chave para o equilíbrio entre a regulamentação estatal e a flexibilização/desregulamentação que vem tomando força desde meados dos anos de 1970. Nesse sentido, Alain Supiot faz uma análise crítica acerca da atual conjectura em que se encontra esse ramo específico, pois em seu fim último, acaba por servir à lei do mercado, à lei do lucro, ainda que as lutas para se alcançar um patamar mínimo de garantias tenham sido longas e desgastantes, em especial para a classe operária.

Portanto, surge a pergunta: como a lei pode se adaptar às mudanças da complexa sociedade em que vivemos tão rapidamente quanto necessário? Supiot reconhece a importância do direito coletivo, pois esse tem o condão de regular aquilo que o Estado/lei não alcança. Através disso, pode-se buscar outras formas de regulação sem a necessidade de intervenção do Poder Legislativo para tanto. Ou seja, as bases regulatórias poderão/deverão ser buscadas a partir da capacidade dos próprios atores envolvidos de regularem a si mesmos, no caso do Direito do Trabalho, através dos sindicatos de cada categoria profissional.

Primeiramente, abordar-se-á o Direito do Trabalho na concepção de Alain Supiot, demonstrando a crise de paradigma em que se encontra o Direito do Trabalho, em especial no que toca aos movimentos de flexibilização ou desregulamentação das leis trabalhistas. Em seguida será analisada uma reconstrução do Direito do Trabalho a partir da proposta de uma superação dos pressupostos positivistas tradicionais, através da *teoria da regulação* de Alain Supiot. E, por fim, será abordado o *diálogo entre as fontes do Direito*, como a estrutura normativa para executar a *teoria da regulação*, na medida em que o sistema do direito não mais pode permitir que normas sejam interpretadas ou aplicadas de forma separada do ordenamento jurídico como um todo. Deve sempre haver uma construção analítica do ordenamento, tendo como pilar a Constituição Federal.

## 1 O DIREITO DO TRABALHO NA CONCEPÇÃO DE ALAIN SUPIOT

Alain Supiot, em sua obra *Critique du Detroit du Travail*, faz um apanhado histórico e crítico acerca da atual conjectura do Direito do Trabalho, buscando chegar aos princípios que sustentam seus pilares. Supiot analisa profundamente as origens históricas - romana e germânica - do Direito do Trabalho, as quais se transformaram em uma operação compatibilizada “[...] (trabalho como bem e objeto do direito - relacionada à vertente contratual/romana; e trabalhador como pessoa e sujeito de direito - atrelada à vertente germânica)”<sup>1</sup>.

Nesse sentido, Supiot observa que a partir da visão do trabalhador como sujeito de direito, propicia o surgimento de regras mais protetivas. Entretanto, essa mesma regulamentação protetiva por parte do Estado pode, ao bel prazer do *mercado*, transformar-se em flexibilização e desregulamentação dos direitos anteriormente adquiridos. Esse é o quadro a que se está sujeito desde meados dos anos 1970, com a ocorrência da flexibilização/desregulamentação das leis trabalhistas. É evidente que essa flexibilização ou desregulamentação, ao contrário do que muitos autores sustentam, não gera mais empregos, mas tão somente beneficia determinados setores em desfavor dos trabalhadores.

Supiot cita como exemplo o Contrato do Primeiro Emprego imposto pelo governo francês em 2006, que, com o intuito de acabar com o desemprego de jovens, permitiu que as empresas/empregadores demitissem os jovens empregados de até 26 anos, até o segundo ano de contrato, sem qualquer explicação.<sup>2</sup> Entretanto, essa desregulamentação, de forma inversa, acabou por aumentar o desemprego, pois oportunizava a demissão por aqueles empregadores que já pretendiam demitir, bem como dificultava a obtenção de emprego para aqueles maiores

<sup>1</sup> PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. O direito do trabalho na visão crítica de Alain Supiot. In: MISALIDIS, Mirta Gladys Lereña Manzo de; SILVA, Lucas Gonçalves da; BARBATO, Maria Rosaria (Orgs.). *(Re)Pensando o Direito: Desafios para a construção de novos paradigmas*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IXL-ojK2qTEJ:www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D092cb9ab3aaf99bd+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

<sup>2</sup> No direito francês, ao contrário do direito brasileiro (em que pese a Constituição Federal de 1988 preveja a motivação da despedida, até hoje não foi feita a lei complementar exigida para regulamentar tal previsão), há necessidade de motivação da despedida do empregado. Vide FRANÇA. Código de Trabalho. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6FB218439340AB89D11EF619941A7270.tpd\\_ila19v\\_3?idArticle=LEGIARTI000019071126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20160709](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6FB218439340AB89D11EF619941A7270.tpd_ila19v_3?idArticle=LEGIARTI000019071126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20160709)>. Acesso em 09 jul. 2016.

de 26 anos. Ou seja, de fato, não resolveu o problema do desemprego juvenil, pois proporcionou uma elevada rotatividade e um maior índice de demissões.<sup>3</sup>

Nesse sentido, é evidente que o Estado possui prioridades as quais mudam com o passar dos anos e com as trocas de poder, sempre havendo o privilégio de uma classe sobre outras. Nem sempre as regras serão as mesmas, se alternando de acordo com o as prioridades de quem está no poder. A sociedade é tão complexa que para regulamentá-la completamente seria necessário prever tudo, regulamentar tudo, o que, de fato, é impossível. Querer regulamentar tudo levaria a uma confusão de normas que as tornariam indecifráveis e impossíveis de serem respeitadas.<sup>4</sup>

Portanto, surge a pergunta: como a lei pode se adaptar às mudanças da complexa sociedade em que vivemos tão rapidamente quanto necessário? Ocorre que “O modelo de trabalho assalariado que dominou a era industrial - no qual um trabalhador renuncia a um grau de liberdade em troca de determinada proporção de segurança - já não pode ser aplicada na atualidade de maneira genérica”<sup>5</sup>.

Fala-se hoje (2016), no Brasil, com mais enfoque do que nos anos anteriores, em uma *reforma* trabalhista, quando, na realidade, a grande maioria dos dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) já foram alterados, substituídos ou revogados. Supiot refere que, por exemplo, “As reformas do mercado de trabalho impostas na maioria dos países europeus têm se mantido circunscritas ao velho modelo e limitadas a piorar as condições para aqueles que se encontram nas classes mais pobres”<sup>6</sup>. Além disso, Supiot conclui que essas políticas vêm da falsa suposição de que a legislação trabalhista é um entrave à lucratividade e à livre concorrência, constituindo-se tão somente uma reformulação do mesmo modelo limitado a degradar cada vez mais as classes menos favorecidas.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> Segundo Supiot, essa lei foi “Idealizado por um grupo de assessores econômicos do Primeiro Ministro, sem nem sequer consultar aos juristas do Ministério do Emprego, aprovado como uma ‘questão de urgência’, sem nenhuma negociação com os sindicatos e sem um debate parlamentar de fato, a medida exibia praticamente todos os defeitos que têm arruinado a reforma do direito trabalhista francês durante o último quarto de século”. SUPIOT, Alain. Lei e trabalho. Um mercado mundial de regras? Tradução de Rinaldo José Varussa. *Tempos Históricos*. v. 17, 1º semestre de 2013, p. 159. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/9013/6604>>. Acesso em 03 mai. 2016.

<sup>4</sup> SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Traducción de José Luis Gil y Gil. España: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 1996.

<sup>5</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2013, p. 157.

<sup>6</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2013, p. 157.

<sup>7</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2013, p. 157.

Alguns discursos tentam, assim, convencer de que garantias de jornadas íntegras, salários compatíveis e proteções aos trabalhadores em geral acabam por diminuir a oferta de emprego. De acordo com o viés a que se encontra afivelada a sociedade em determinada época, pode acarretar o desmantelamento de garantias trabalhistas, bem como a oneração da Seguridade Social.<sup>8</sup> Portanto, “A lição tirada das duas guerras mundiais, que «a paz universal e duradoura só pode ser estabelecida com base na justiça social» é esquecida e o abandono de qualquer objetivo de justiça social a nível internacional é acompanhado sem surpresa da desigualdade em espiral [...]”(tradução nossa)<sup>9</sup>.

Não é de hoje que a prática de fazer *acordo* com o empregado para este sacar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e receber o Seguro Desemprego (SD) é prática corriqueira no Brasil. Tal fato mostra-se extremamente oneroso ao Estado, na medida em que muitas vezes sequer há a efetiva demissão do empregado, que passa a trabalhar sem a Carteira de Trabalho assinada. Isso ocorre, também, em razão dos salários irrisórios aos quais estão submetidos muitos trabalhadores.

Nesse sentido, importante citar a contribuição de Supiot, quando refere que:

Na Europa continental, o lugar em que se fez mais evidente a inversão de papéis entre o Estado, a empresa privada e as finanças foi o da legislação trabalhista. Enquanto que em outros tempos o Estado estabelecia as grandes linhas de uma política econômica nacional, a qual as grandes empresas desenvolviam e da qual se esperava que os financistas se servissem, hoje em dia, os objetivos financeiros ditam as atuações das companhias, enquanto que os custos dos sacrifícios humanos envolvidos ficam a cargo do Estado, financiando incentivos para o emprego, ou de maneira indireta, tendo que se ocupar das consequências da pobreza, da violência e da insegurança. Como resultado, se reduzem as garantias onde elas são mais necessárias, enquanto segue a acumulação por aqueles que se encontram no alto da escala social.<sup>10</sup>

A crise de paradigma a qual se encontra o Direito do Trabalho na atualidade não é apenas mérito brasileiro, mas também de outros países. Crise, pois em seu fim último acaba por servir à lei do mercado, à lei do lucro, ainda que as lutas para alcançarmos um patamar mínimo de garantias tenham sido longas e desgastantes, em especial para a classe operária. Nesse sentido,

<sup>8</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2013, p. 157.

<sup>9</sup> SUPIOT, Alain. Face à l'insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité (Introduction). In : SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. 1. ed. Paris: Dépôt legal, 2015, p. 13.

<sup>10</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2013, p. 157.

[...] a empresa não é o paradigma comunitário sobre o qual se fundamenta a dimensão coletiva das relações de trabalho, mas um lugar em que o jogo da subordinação faz quebrar os princípios de liberdade e de igualdade do direito civil e em que convém forçar o respeito a esses princípios em um plano coletivo. (tradução nossa)<sup>11</sup>.

Fazer com que os institutos já existentes cumpram cada qual seu devido papel, é fundamental.<sup>12</sup> Essa é a proposta de Supiot, na medida em que reconhece a importância do direito coletivo na prática do Direito do Trabalho.<sup>13</sup> Portanto, o Direito do Trabalho, sendo um direito diferenciado, deve operar de acordo com uma ruptura com os pressupostos tradicionais, a fim de se libertar das amarras do paradigma tradicional do Direito, que, em verdade, mais aprisiona do que protege.

## 2 A RECONSTRUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: SUPERAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS TRADICIONAIS

Consoante pode-se observar do capítulo anterior, é preciso haver uma redefinição do direito do trabalho, uma ruptura dos pressupostos tradicionais. Nesse sentido, Supiot defende o que ele chama de *teoria da regulação* (o que equivale à regulação não tradicional), pois acredita que a chave para o equilíbrio é a esfera coletiva proporcionada pelo direito do trabalho (um trabalhador sozinho não tem a mesma força que um coletivo de trabalhadores).

Assim, é possível distinguir dois tipos de regulação, a regulação tradicional (Estatual) - através de leis -, e a regulação não tradicional, às quais Supiot chama, respectivamente, de *regulamentação* - regras do exterior - e *regulação* - regras internas (homeostasia). Supiot refere que a regulação legal não tem o condão de estabelecer parâmetros ou regular a

<sup>11</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 1996, p. 174.

<sup>12</sup> O papel fundamental do Direito do Trabalho é, portanto, “[...] o de «civilizar» as relações sociais, quer dizer, substituir as relações de poder por relações de direito e assegurar a todos o estado de sujeitos de direito livres e iguais. Entretanto, enquanto que o direito civil de obrigações evoluciona sobre um terreno sólido – o do sujeito de direito, dono de seu corpo e de sua vontade – a subordinação priva o trabalhador de sua liberdade e o situa em uma relação juridicamente desigual com o empresário. Faz desaparecer o trabalhador, enquanto sujeito de direito, do horizonte do direito civil quando entra na empresa, para deixar espaço a um simples sujeito, submetido ao poder de direção do empresário. O direito do trabalho vem tendo e tem por primeira razão de ser a de aliviar esta carência, isto é, «civilizar» o poder empresarial, dando-lhe um marco jurídico onde é exercido, quer dizer, na empresa”. (tradução nossa). SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 1996, p. 175.

<sup>13</sup> Mais especificamente, Alain Supiot refere que “Foi a invenção do coletivo e suas consequências - os direitos coletivos, as liberdades coletivas, a negociação coletiva e as convenções coletivas -, que tem permitido ultrapassar os impasses da submissão voluntária e definir um direito em que podem conviver a subordinação e a liberdade”. (tradução nossa). SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 1996, p. 148.

totalidade da complexa sociedade em que vivemos, muito menos acompanhar a constante mutação desta.<sup>14</sup>

O modelo jurídico proposto por Pontes de Miranda (Teoria do Fato Jurídico) é considerado a estrutura fundamental da Ciência Jurídica atual, segundo a qual “[...] o mundo jurídico é formado pelos fatos jurídicos e estes, por sua vez, são o resultado da incidência da norma jurídica sobre o seu suporte fático quando concretizado no mundo dos fatos”<sup>15</sup>. Conforme Pontes de Miranda, “A regra jurídica é norma com que o homem, ao querer subordinar os fatos a certa ordem e a certa previsibilidade, procurou distribuir os bens da vida”<sup>16</sup>. De acordo com a lógica da estrutura pontesiana, esta está estruturada em três planos, nos quais os fatos da vida vão ocorrendo (plano da existência), preenchendo o suporte fático (plano da validade) e produzindo os efeitos previamente definidos na norma (plano da eficácia). Portanto, “[...] o fato jurídico é o que entra, do suporte fático, no mundo jurídico, mediante a incidência da regra jurídica sobre o suporte”<sup>17</sup>. Essa estrutura jurídica é fortemente influenciada pelo positivismo jurídico de Hans Kelsen, segundo o qual o Direito é conceituado como um conjunto de regras impostas pelo Estado a partir de critérios rigorosamente formais.<sup>18</sup> Nessa lógica, o Direito tende a buscar fatos que ocorreram no passado para, assim, regulamentar o futuro, o que, notadamente, mostra-se insuficiente para suprir as necessidades que a sociedade atual impõe.

Portanto, está-se a fazer, também, uma crítica ao modelo de norma de Hans Kelsen, na medida em que este tem como fundamento buscar fatos que ocorreram no passado, para regulamentar o futuro. Tal modelo mostra-se totalmente insuficiente para suprir as necessidades e constantes mudanças que a sociedade atual está fundamentada. Isto é, por óbvio que “[...] a evolução das técnicas acarreta transformações do Direito: era preciso que nascesse a informática para que se preocupasse em legislar sobre a informática e as liberdades...”<sup>19</sup>. Mas essas transformações ocorrem de forma retardada, posterior ao

<sup>14</sup> SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

<sup>15</sup> MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 52.

<sup>16</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. 03.

<sup>17</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 04.

<sup>18</sup> ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001, p. 82.

<sup>19</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 139.



surgimento da questão a que se regulamenta na sociedade. Primeiro deve ocorrer o fato na sociedade para que, posteriormente, o direito passe a regulamentá-lo.

As necessidades atuais da sociedade são diferentes, a imediatidade é medida que se impõe, em especial no que toca à saúde e segurança das pessoas (do trabalhador). Para Supiot, o grande desenvolvimento da sociedade contemporânea é o surgimento da negociação coletiva no direito do trabalho e a contratualização do direito civil.<sup>20</sup> Entretanto, a individualização, ainda com muita força, acaba por enfraquecer a esfera coletiva. Além disso, a flexibilização toma força com a permissão legal de flexibilização dos direitos através da negociação coletiva. Na verdade, no Brasil, por exemplo, o desvirtuamento do direito coletivo acaba por transformá-lo em um mecanismo de flexibilização, prejudicando muitas vezes o seu papel fundamental, ou seja, o de assegurar as necessidades especiais de cada classe.

Conforme observado anteriormente, a subordinação aprisiona o trabalhador, que, de mãos amarradas, não pode medir forças com o empresário. A regulamentação estatal, proporcionada pelo Direito do Trabalho, portanto, surge como uma forma de libertação das amarras do trabalhador, visando equipará-lo ao empresário, de forma a protegê-lo do que não consegue se proteger sozinho. Entretanto,

[...] uma reflexão faz-se necessária: não se pode perder de vista que Estado e Direito não se confundem entre si, ao contrário do que possa parecer. O Estado tem motivações políticas a partir da preponderância de certas classes. A classe que controla politicamente é aquela que vai definir qual o grau de proteção que o Estado irá conceder. **Até que ponto essa estrutura pretensamente libertadora realmente liberta e não aprisiona mais ainda?** (grifo nosso)<sup>21</sup>.

É nesse sentido que a dimensão coletiva é a chave para o equilíbrio, pois ao mesmo tempo que protege, o Estado pode permitir regras de flexibilização dessa proteção. Portanto, deve ocorrer uma ruptura com a estrutura do Direito, na qual o Estado deve regulamentar padrões gerais mínimos e inflexíveis e o direito coletivo regular as questões específicas. A regulamentação e a regulação se complementam, não se excluem (cooperação entre as esferas pública e privada).

Levada ao pé da letra, a ideia de regulação expressa um mundo totalmente ausente de conflitos sociais, que, no Direito, tomou forma através do chamado contratualismo, segundo o qual o ser humano não deve ser submetido a certos limites senão aqueles impostos por ele

<sup>20</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 159.

<sup>21</sup> PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. *op. cit.*

mesmo.<sup>22</sup> Entretanto, “Nenhuma sociedade humana poderia evidentemente funcionar sobre uma base assim e temos, portanto, de lembrar que não há regulação sem regulador, seja na ordem da vida profissional ou na da vida privada”<sup>23</sup>.

Nesse sentido, interessante citar Mireille Delmas-Marty quando refere que “Ao vermos a profusão de normas que embaralham a nossa imagem da ordem jurídica, sentimos a necessidade de um direito comum, em todos os sentidos do termos”<sup>24</sup>. Delmas-Marty propõe o que ela chama de um *Direito comum*, ou seja, “Um direito acessível a todos, que não seria imposto de cima como verdade revelada, pertencente apenas aos intérpretes oficiais, mas consagrado de baixo como verdade compartilhada, portanto relativa e evolutiva [...]”<sup>25</sup>, mas um direito “[...] comum igualmente a diferentes setores do direito para assegurar a coerência de cada sistema, apesar da especialização crescente das regras [...]”<sup>26</sup>.

Então surge a questão: o que, na relação de trabalho, deve ser regulamentada pelo Direito (lei), e o que deve ser deixado para a regulação social, ou seja, outras formas de regulação? Para Supiot “[...] apenas uma regulação adequada, e não uma regulamentação rígida, pode proteger a sociedade da desordem entrópica [...]”<sup>27</sup>. Mas ambas (regulamentação e regulação) devem operar conjuntamente e de forma coordenada, na medida em que o Estado/lei deve fixar parâmetros mínimos (princípios e objetivos) e o direito coletivo aplica esses princípios e objetivos adaptando-os à realidade de cada particularidade.

301

### 3 O DIÁLOGO ENTRE AS FONTES DO DIREITO COMO A ESTRUTURA NORMATIVA PARA EXECUTAR A TEORIA DA REGULAÇÃO

A partir dessa reflexão proporcionada por Supiot, deve-se, então, objetivar a aplicação da *teoria da regulação*, através de um *diálogo entre as fontes do direito*. O *diálogo das fontes* se desenvolveu a partir da ideia de compatibilização de normas, segundo a qual o Direito deve, a partir de uma reestruturação de seus pressupostos tradicionais, buscar uma reorganização das fontes a fim de melhor se adequar à cada necessidade específica imposta

<sup>22</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 161.

<sup>23</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 161.

<sup>24</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. IX.

<sup>25</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *op. cit.*, p. IX.

<sup>26</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *op. cit.*, p. IX.

<sup>27</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 159.

pela complexa sociedade atual. A teoria, primeiramente proposta por Erik Jayme, foi introduzida no Brasil por Claudia Lima Marques.<sup>28</sup>

Propõe-se, então, uma forma de buscar o suporte fático alvitrado por Pontes de Miranda em outras fontes que não sejam apenas a lei, ou seja, propõe-se um alargamento do suporte fático, visando identificar seus elementos no Direito e não somente na lei.<sup>29</sup> A teoria do diálogo das fontes de Jayme pressupõe que o sistema jurídico haja com certa coerência sem contradição, sendo que na ocorrência de duas fontes contrastantes, deve-se buscar coordená-las num diálogo das fontes.<sup>30</sup>

No mesmo sentido do *diálogo das fontes*, Wilson Engelmann, propõe um *diálogo entre as fontes do Direito*, por entender ser mais abrangente. Assim, ao contrário (ou no mesmo sentido) do *diálogo das fontes* de Jayme, o *diálogo entre as fontes do Direito* é mais amplo, pois esse diálogo ainda tem como objetivo salvar uma das normas em conflito. Ou seja, “[...] propõe um efetivo diálogo, que não exige necessariamente apenas a interlocução de duas (di) fontes, mas uma efetiva reordenação das diversas fontes de onde emergem normas jurídicas”<sup>31</sup>.

A solução aqui é ordená-las de forma horizontal (uma ao lado da outra) e não mais verticalizada na forma de um modelo escalonado em pirâmide, proporcionando, assim, a abertura do ordenamento jurídico para uma pluralidade de fontes a fim de que estas incorporem o lugar da lei na caracterização do suporte fático, tendo a Constituição como principal filtro.<sup>32</sup>

<sup>28</sup> “Diálogo das fontes, que, no direito brasileiro, significa a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais ( como o Código de Defesa do Consumidor e a lei de planos de saúde) e leis gerais ( como o Código Civil de 2002), de origem internacional (como a Convenção de Varsóvia e Montreal) e nacional ( como o Código Aeronáutico e as mudanças do Código de Defesa do Consumidor), que, como afirma o mestre Heidelberg, tem campos de aplicação convergentes, mas não mais totalmente coincidentes ou iguais”. MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 19-20.

<sup>29</sup> ENGELMANN, Wilson. A (re) leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 295.

<sup>30</sup> JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. v. 1, n. 1, mar. 2003, p. 109. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

<sup>31</sup> ENGELMANN, Wilson. *op. cit.*, 2010, p. 298.

<sup>32</sup> ENGELMANN, Wilson. *op. cit.*, 2010, p. 296.

Para Engelmann, portanto, ao contrário da tradicional regulamentação, na qual o Estado deve necessariamente fazer parte, partiremos para uma regulação, através da qual buscaremos as necessidades internas de cada segmento, possibilitando um ativismo de outros atores, que não o Estado, para produzir as respostas jurídicas esperadas.<sup>33</sup> “Verifica-se, portanto, uma efetiva mutação no sentido da *desregulamentação* tradicional estatal para a regulação dialogal não estatal”<sup>34</sup> (grifo do autor).

O *diálogo das fontes* já vem sendo utilizado inclusive pelo Judiciário brasileiro, como pode-se perceber da decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, *in verbis*:

I - AGRADO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA - POTENCIAL VIOLAÇÃO DO ART. 5º, XXXV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Caracterizada potencial violação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido. II - RECURSO DE REVISTA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS ASSEGURADOS EM NORMA COLETIVA. AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. CARÁTER INSTRUMENTAL DO DIREITO PROCESSUAL. ACESSO À JUSTIÇA. DIÁLOGO DAS FONTES. ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **Levando-se em conta o caráter instrumental do direito processual e, principalmente, no que diz respeito à tutela coletiva, rejeita-se a ideia de que cada fonte formal do direito deve ser interpretada de modo isolado, dando-se lugar ao que, modernamente, a doutrina intitula "diálogo das fontes".** Esse método hermenêutico tende a evitar antinomias, incompatibilidades e falta de coerência no ordenamento jurídico, porquanto a Constituição Federal, os Códigos, Consolidações e todas as demais normas se complementam, ao invés de se excluírem. Isso possibilita a aplicação conjunta de mais de uma norma (inclusive processual) para a mesma hipótese fática. Toda ação de cumprimento (art. 872 da CLT), promovida por sindicato, é também uma ação civil coletiva (art. 93 do CDC). As regulamentações desses instrumentos processuais são harmônicas e se complementam com um só objetivo: alargar o acesso à justiça previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Assim, no caso vertente, o autor possui interesse de agir, uma vez demonstrado que a via processual por ele escolhida (ação civil pública) é idônea à tutela de direitos individuais homogêneos assegurados em normas coletivas. Recurso de revista conhecido e provido (grifo nosso)<sup>35</sup>.

303

<sup>33</sup> ENGELMANN, Wilson. *op. cit.*, 2010, p. 296.

<sup>34</sup> ENGELMANN, Wilson. O direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 308.

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0000839-37.2012.5.08.0008. 3ª Turma. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado do Pará - STIUPA. Recorridos: Centrais Elétricas do Pará S.A. - CELPA e Outra. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 03 de junho de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20839-37.2012.5.08.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAN61AAW&dataPublicacao=12/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=dialogo%20and%20das%20and%20fontes>>. Acesso em: 10 jul. 2016.

No tocante ao Direito do Trabalho, os princípios que norteiam seus pilares já proporcionam, há muito, um legítimo *diálogo entre as fontes*, ainda que de forma um pouco mais tímida. Mas, “Tradicionais autores do Direito do Trabalho brasileiro afirmam que, em se tratando de hierarquia de fontes trabalhistas, a pirâmide kelseniana (estrutura escalonada das normas) não é aplicável, pois sempre ocupará o vértice a norma mais favorável”<sup>36</sup>. Entretanto, há que se levar em consideração que, em muitas oportunidades, para escolher a norma mais favorável, é necessário se perguntar o que é mais favorável, pois sempre haverá um juízo de valor.<sup>37</sup>

É, portanto, nesse sentido que Supiot defende o direito coletivo como a chave para o equilíbrio, desde que utilizado com fim único de cumprir sua função/valor.<sup>38</sup> Pois, o desvirtuamento da função primordial do direito coletivo do trabalho tem trazido (e traz) o desequilíbrio desse ramo, na medida em que é utilizado como forma de flexibilização das leis trabalhistas, enquanto que seu papel é o de regular aquilo que o Estado/lei não tem condições de alcançar. A especificidade do direito coletivo do trabalho proporciona a regulação de matérias que seriam inalcançáveis ao legislador, na medida em que a complexidade da sociedade atual exige um alto nível de especialização em cada setor.<sup>39</sup>

Dessa forma, “A organização horizontal das fontes do Direito irá permitir um movimento de construção coletiva de respostas legais, destacando as contribuições do Direito (em *lato senso*) [...]”<sup>40</sup> (tradução nossa), ou seja, a jurisprudência, os costumes, a doutrina, os contratos, as regulações de grupos sociais e, mais especificamente no Direito do Trabalho, as normas coletivas e outras alternativas e formas não Estatais de judicialização de fatos sociais

<sup>36</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho - I*. São Paulo: LTr, 2014, p.147.

<sup>37</sup> ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *op. cit.*, p.148.

<sup>38</sup> “Este valor – e a conseqüente direção teleológica imprimida a este ramo jurídico especializado – consiste na *melhoria das condições de pactuação da força de trabalho na ordem socioeconômica*”. DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 23.

<sup>39</sup> Um exemplo bastante urgente é a questão das nanotecnologias. Nanotecnologia é a denominação dada à alternativa de manipular a matéria em escala nanoscópica. Produtos contendo nanotecnologia são comercializados no mercado mundial e acabam sendo consumidos sem qualquer distinção. Há que se considerar que não estamos tratando de um produto comum, ou melhor, temos que ter a consciência de que produtos contendo material em escala nano podem ser prejudiciais tanto ao meio ambiente quanto à saúde humana. Não existe certeza das reações que determinados produtos podem ter quando em contato com o meio ambiente ou com o ser humano a curto e a longo prazo. A comercialização de diversos produtos e o manuseio destes materiais contendo nanotecnologia é uma das principais preocupações que o Direito deve ter, eis que dessa inovação decorre o desafio de regulamentar questões futuras, o que é um problema para a estrutura jurídica atual. ENGELMANN, Wilson. *op. cit.*, 2013.

<sup>40</sup> ENGELMANN, Wilson. *Nanotechnology, law and innovation*. Deutschland: LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG, 2011, p. 74.

e resolução de conflitos, que deverão ser analisadas conjuntamente, a fim de que respostas jurídicas adequadas sejam alcançadas.

Supiot refere que a regulação legal não tem o condão de estabelecer parâmetros ou regular a totalidade da complexa sociedade em que vivemos, muito menos acompanhar a constante mutação desta.<sup>41</sup> Portanto, “Regulamentar é ditar regras do exterior, ao passo que regular é fazer que se observem as regras necessárias ao funcionamento homeostático de uma organização”<sup>42</sup>. Ressalta-se que a noção de regulação foi trazida da biologia, segundo a qual homeostasia é a capacidade de “[...] conservar certo número de constantes internas apesar das variações do meio exterior [...]”<sup>43</sup>. Há que termos em mente a possibilidade das organizações e os atores privados adaptarem-se sozinhos às novas necessidades e variações de seu meio ambiente, na medida em que a rigidez da regulamentação não consegue proteger adequadamente a sociedade. Ou seja, “Segundo a teoria cibernética, apenas uma regulação adequada, e não uma regulamentação rígida, pode proteger a sociedade da desordem entrópica [...]”<sup>44</sup>.

Como bem salienta Supiot, “O ideal de uma sociedade capaz de regular a si mesma expressa-se, enfim, no grande desenvolvimento contemporâneo da negociação coletiva e, de modo mais geral, na contratualização das relações sociais”<sup>45</sup>. Nesse sentido, salienta-se a “[...] dignidade humana como direito que só pode ser transgido se for reconsiderada toda a ordem jurídica, e que transcende a velha oposição entre matéria e espírito, reconhecendo o corpo e suas necessidades físicas como elementos da dignidade a que não se pode renunciar”<sup>46</sup>. “Aí situa-se o ponto inicial de uma ‘teoria da regulação’, que engloba os homens, os animais e as máquinas e que deve conduzir num mesmo ritmo ao progresso das máquinas e ao do Direito”<sup>47</sup>.

“Essa crítica da rigidez da regulamentação e esse apelo a uma regulação que permita às organizações se adaptarem sozinhas às variações de seu meio ambiente [...]”<sup>48</sup> decorre, além

<sup>41</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007.

<sup>42</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 159.

<sup>43</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 159.

<sup>44</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 159.

<sup>45</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 159.

<sup>46</sup> VENTURA, Deisy. *O espírito de filadélfia - a justiça social diante do mercado total. Direito & Práxis*. v. 6, n. 12, 2015, p. 692. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19320/14054>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

<sup>47</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 155.

<sup>48</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 160.

da cibernética e das novas tecnologias da informação e da comunicação, da ideia trazida pelo Direito do Trabalho por sua ascensão em negociar coletivamente.<sup>49</sup> Ou seja, “Com o recuo da heteronomia em proveito da auto-regulamentação profissional, deu-se uma nova distribuição dos papéis entre a lei, que fixa princípios e objetivos por atingir, e a negociação coletiva que concorre para a definição desses objetivos [...]”<sup>50</sup>, adaptando esses objetivos aos limites impostos pela lei e pelas necessidades particulares de cada coletividade.

Um exemplo disso é o acordado entre o Sindicato da Indústria de Produtos Farmacêuticos no Estado de São Paulo e o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Químicas, Farmacêuticas, Plásticas, de Explosivos, Abrasivos, Fertilizantes e Lubrificantes de Osasco e Cotia, também do Estado de São Paulo, pois incluíram em suas negociações coletivas a questão relativa ao manuseio, pelos trabalhadores, de produtos contendo nanotecnologia, que, no ano de 2012, resultou na seguinte cláusula:

#### **Saúde e Segurança do Trabalhador**

Condições de Ambiente de Trabalho

#### **CLÁUSULA OITAVA – NANOTECNOLOGIA**

A empresa garantirá que os membros da CIPA e do SESMT sejam informados quando da utilização de nanotecnologia no processo industrial. A CIPA, o SESMT e os trabalhadores terão ainda acesso a informações sobre riscos existentes à sua saúde e as medidas de proteção a adotar.<sup>51</sup> (grifo do autor).

Dois anos depois, em decisão da Sessão Especializada em Dissídios Coletivos, o Tribunal Regional do Trabalho da Décima Quinta Região (Campinas/SP), ao julgar o dissídio coletivo de n. 0006151-86.2013.5.15.0000 (DC), no qual foi suscitante o Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Fabricação do Álcool, Etanol, Bietanol, Biocombustível, Químicas e Farmacêuticas de Ribeirão Preto e Região e suscitada a empresa LDC SERV BIOSEV BIOENERGIA S.A., proferiu a seguinte decisão acerca do uso das nanotecnologias pela empresa suscitada:

[...] CLÁUSULA 84ª - NANOTECNOLOGIA As empresas são obrigadas a informar a entidade sindical sobre o uso de nanotecnologia no processo industrial e

<sup>49</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 160.

<sup>50</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 160.

<sup>51</sup> SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO (SINDUSFARMA); SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS QUÍMICAS, FARMACÊUTICAS, PLÁSTICAS, DE EXPLOSIVOS, ABRASIVOS, FERITILIZANTES E LUBRIFICANTES DE OSASCO E COTIA. *Termo aditivo a convenção coletiva de trabalho*. São Paulo, 19 abr. 2012. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:h7RyKDTb920J:www.sindusfarma.org.br/informativos/Aditivo\\_Osasco2012\\_2013.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=r](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:h7RyKDTb920J:www.sindusfarma.org.br/informativos/Aditivo_Osasco2012_2013.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=r)>. Acesso: 29 jun. 2016.



no ambiente de trabalho. No uso de nanotecnologia serão tomadas as devidas providências de proteção e monitoramento da saúde dos trabalhadores. Iniciar processo de informação ampla sobre os conceitos básicos de nanotecnologias: o que é, a importância, os possíveis usos e as incertezas; Utilizar os espaços de comunicação nas SIPATs, encontros anuais, comunicação visual e virtual sobre o tema; Transmitir informações específicas quando do início do uso de nanocompósitos na fabricação de fármacos, respeitando o Direito de Saber. Divulgar aos trabalhadores informações sobre as substâncias e suas particularidades quando em escala nanométrica, medidas de verificação de vazamentos e/ou contaminações, medidas de primeiros socorros, estratégias de prevenção e monitoramento da saúde; As empresas que optarem por utilizar nanotecnologias destinarão recursos para pesquisa sobre as consequências e medidas de proteção ao trabalhador equiparadas aos recursos destinados a pesquisa de produtos; Obedecer ao princípio da precaução: adoção de medidas que devem ser implantadas visando prevenir danos à saúde dos trabalhadores, mesmo na ausência da certeza científica formal da existência do risco grave ou irreversível e de suas consequências à saúde; Estabelecer sistema de proteção coletiva eficaz; Estabelecer medidas específicas no PPRA e PCMSO para os trabalhadores expostos a nanocompósitos; A empresa garantirá que os membros da CIPA e do SESMT, sejam informados quando da utilização de nanotecnologia no processo industrial. A CIPA, o SESMT e os trabalhadores terão ainda acesso a informações sobre riscos existentes à sua saúde e as medidas de proteção a adotar. [...].<sup>52</sup>

Como é possível perceber, o dissídio coletivo demonstra a total incerteza da utilização das nanotecnologias no ambiente de trabalho, preocupando-se em determinar a precaução de possíveis riscos delas decorrentes, utilizando-se, para tanto, do princípio da precaução. Isso ocorre, pois no caso dessa nova tecnologia, é impossível o Estado/lei regulamentar especificamente cada caso de utilização no ambiente de trabalho. Note-se que em ambos os casos, não há abominação pelo uso das nanotecnologias, pois esse avanço é inevitável e não pode/deve ser impedido de progredir, mas sim deve ser mostrado um caminho a seguir, através de certos limites, pois, como bem salienta Supiot, ao referir-se acerca das tecnologias da informação e da comunicação, “A questão essencial apresentada aos juristas [...] é, portanto, hoje, identificar os riscos específicos que elas fazem o ser humano correr”<sup>53</sup>.

Não está se dizendo aqui que através das regulações teremos um retorno ao Estado mínimo, mas sim “Traduzem-se mais por uma política de ‘governo por objetivos’ cuja

307

<sup>52</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Dissídio Coletivo de Natureza Econômica nº 0006151-86.2013.5.15.0000. Seção de Dissídios Coletivos. Suscitante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Fabricação do Alcool, Etanol, Bioetanol, Biocombustível, Químicas E Farmacêuticas de Ribeirão Preto e Região. Suscitado: Ldc Serv Biosev Bioenergia S.A. Relatora Desembargadora Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. Campinas, 12 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:zYGKa7vDI0sJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/249846+Diss%C3%ADdio+Coletivo+de+Natureza+Econ%C3%B4mica+n%C2%BA+0006151-86.2013.5.15.0000&site=jurisp&client=dev\\_index&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=dev\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&access=p&oe=UTF-8](http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:zYGKa7vDI0sJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/249846+Diss%C3%ADdio+Coletivo+de+Natureza+Econ%C3%B4mica+n%C2%BA+0006151-86.2013.5.15.0000&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

<sup>53</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 163.



eficácia depende da qualidade das comunicações [...]”<sup>54</sup> entre as partes envolvidas. É nesse sentido que os trabalhadores devem unir esforços para atingir os objetivos pretendidos, contra a classe opressora, que, em verdade, dita as leis do mercado e consegue desvirtuar o ordenamento aos seus próprios objetivos. Portanto, o direito coletivo deve buscar aprimorar cada vez mais suas funções, a fim de coordenar o que é importante e o que não o é, dentro de cada categoria específica de trabalhadores, pois somente através de sua especificidade é possível o trabalhador estar fortemente e devidamente protegido.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os movimentos de flexibilização/desregulamentação vêm tomando força com o passar dos anos, impondo reformas que buscam oprimir a classe trabalhadora e beneficiar àqueles que estão no poder. Esse é o quadro no qual nos encontramos desde meados dos anos de 1970. Nesse sentido, busca-se, através de uma ponderação crítica, analisar as contribuições propostas por Alain Supiot acerca das raízes históricas do ramo do Direito do Trabalho, o qual visa alcançar seus pilares de sustentação.

A partir da visão do trabalhador como sujeito de direito e do conseqüente surgimento do direito coletivo, possibilitou à essa classe lutar por seus direitos, visando o benefício do coletivo e não mais de forma apenas individual. Entretanto, pode-se observar que, não especialmente o Direito do Trabalho, mas o ramo do Direito em si, encontra-se em uma crise de paradigma, na medida em que visa beneficiar uma classe em detrimento de outra, como o que vem ocorrendo com a classe trabalhadora.

É em razão disso que Supiot propõe uma *teoria da regulação*, pois defende que o direito coletivo é a chave para o reequilíbrio do Direito do Trabalho, tendo em vista que a tradicional forma de regulamentação não pode mais dar conta da complexidade da sociedade atual, ou seja, não tem o condão de estabelecer parâmetros ou regular a totalidade da complexa sociedade em que vivemos, muito menos acompanhar a constante mutação desta.

Além disso, está adstrita à lei como único meio de regulamentação, fato que, como bem ressaltado no decorrer do trabalho, deixa o grau de proteção nas mãos da classe controladora ou das motivações políticas do governo. Assim, nota-se que este meio regulador da sociedade

<sup>54</sup> SUPIOT, Alain. *op. cit.*, 2007, p. 163.

está fortemente influenciado pelo tipo de governo que está no poder, ensejando que aquela mesma lei que protege pode se transformar em um meio de flexibilizar ou desregular os direitos anteriormente concedidos.

Em sendo assim, a partir do *diálogo entre as fontes do direito*, pode-se buscar a estrutura normativa para executar a *teoria da regulação* proposta por Alain Supiot, pois este defende que somente uma regulação adequada e não uma regulamentação rígida pode efetivamente proteger a sociedade e fazer o Direito cumprir seu papel. Assim, deve-se operar uma reestruturação das normas, que não mais serão analisadas de forma escalonada, mas sim verticalmente, sob a forma de cooperação mútua.

A partir daí o Direito do Trabalho deve se reestruturar e buscar rever sua função e seus princípios basilares, a fim de efetivamente proteger a classe trabalhadora, buscando resguardo no direito coletivo, a fim de que este adapte os objetivos determinados pela lei nas necessidades particulares de cada classe/área.

309

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de; COIMBRA, Rodrigo. *Direito do Trabalho - I*. São Paulo: LTr, 2014.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Dissídio Coletivo de Natureza Econômica nº 0006151-86.2013.5.15.0000. Seção de Dissídios Coletivos. Suscitante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias da Fabricação do Alcool, Etanol, Bioetanol, Biocombustível, Químicas E Farmacêuticas de Ribeirão Preto e Região. Suscitado: Ldc Serv Biosev Bioenergia S.A. Relatora Desembargadora Adriene Sidnei de Moura David Diamantino. Campinas, 12 de fevereiro de 2014. Disponível em: <[http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:zYGKa7vDI0sJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/249846+Diss%C3%ADdio+Coletivo+de+Natureza+Econ%C3%B4mica+n%C2%BA+0006151-86.2013.5.15.0000&site=jurisp&client=dev\\_index&output=xml\\_no\\_dtd&proxystylesheet=dev\\_index&ie=UTF-8&lr=lang\\_pt&access=p&oe=UTF-8](http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:zYGKa7vDI0sJ:grumari.trt15.jus.br:1111/doc/249846+Diss%C3%ADdio+Coletivo+de+Natureza+Econ%C3%B4mica+n%C2%BA+0006151-86.2013.5.15.0000&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8)>. Acesso em: 29 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0000839-37.2012.5.08.0008. 3ª Turma. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Urbanas do Estado do Pará - STIUPA. Recorridos: Centrais Elétricas do Pará S.A. - CELPA e Outra. Relator Ministro Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 03 de junho de 2015. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20>>



%20839-37.201

2.5.08.0008&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAN61AAW&dataPublicacao=12/06/2015&localPublicacao=DEJT&query=dialogo%20and%20das%20and%20fontes>. Acesso em: 10 jul. 2016.

CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DELGADO, Maurício Godinho. *Direito coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

ENGELMANN, Wilson. A (re) leitura da teoria do fato jurídico à luz do “diálogo entre as fontes do direito”: abrindo espaços no direito privado constitucionalizado para o ingresso de novos direitos provenientes das nanotecnologias. In: CALLEGARI, André Luís; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 7. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

310

\_\_\_\_\_. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de direito*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2001.

\_\_\_\_\_. *Nanotechnology, law and innovation*. Deutschland: LAP LAMBERT Academic Publishing GmbH & Co. KG, 2011.

\_\_\_\_\_. O direito frente aos desafios trazidos pelas nanotecnologias. In: STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FRANÇA. Código de Trabalho. Disponível em: <[https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6FB218439340AB89D11EF619941A7270.tpdila19v\\_3?idArticle=LEGIARTI000019071126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20160709](https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do;jsessionid=6FB218439340AB89D11EF619941A7270.tpdila19v_3?idArticle=LEGIARTI000019071126&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20160709)>. Acesso em 09 jul. 2016.

JAYME, Erik. Direito internacional privado e cultura pós-moderna. *Cadernos do programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*. v. 1, n. 1, mar. 2003. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43487/27366>>. Acesso em: 29 jun. 2016.

MARQUES, Claudia Lima. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Cláudia Lima (Coord.). *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MISALIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de; SILVA, Lucas Gonçalves da; BARBATO, Maria Rosaria (Orgs.). *(Re)Pensando o Direito: Desafios para a construção de novos paradigmas*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014.

311

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PORTILHO, Raphaela Magnino Rosa. O direito do trabalho na visão crítica de Alain Supiot. In: MISALIDIS, Mirta Gladys Lerena Manzo de; SILVA, Lucas Gonçalves da; BARBATO, Maria Rosaria (Orgs.). *(Re)Pensando o Direito: Desafios para a construção de novos paradigmas*. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:IXL-ojK2qTEJ:www.publicadireito.com.br/artigos/%3Fcod%3D092cb9ab3aaf99bd+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

SINDICATO DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS NO ESTADO DE SÃO PAULO (SINDUSFARMA); SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS INDÚSTRIAS QUÍMICAS, FARMACÊUTICAS, PLÁSTICAS, DE EXPLOSIVOS, ABRASIVOS, FERILIZANTES E LUBRIFICANTES DE OSASCO E COTIA. *Termo aditivo a convenção coletiva de trabalho*. São Paulo, 19 abr. 2012. Disponível em: <[http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:h7RyKDTb920J:www.sindusfarma.org.br/informativos/Aditivo\\_Osasco2012\\_2013.pdf+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=r](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:h7RyKDTb920J:www.sindusfarma.org.br/informativos/Aditivo_Osasco2012_2013.pdf+&cd=1&hl=ptBR&ct=clnk&gl=r)>. Acesso: 29 jun. 2016.



STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo; ENGELMANN, Wilson (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado. n. 10. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUPIOT, Alain. *Crítica del derecho del trabajo*. Traducción de José Luis Gil y Gil. España: Ministerio de Trabajo y Assuntos Sociales, 1996.

\_\_\_\_\_. Face à l'insoutenable: les ressources du droit de la responsabilité (Introduction). In : SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. 1. ed. Paris: Dépôt legal, 2015.

\_\_\_\_\_. *Homo juridicus*: ensaio sobre a função antropológica do direito. Tradução de Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei e trabalho. Um mercado mundial de regras? Tradução de Rinaldo José Varussa. *Tempos Históricos*. v. 17, 1º semestre de 2013. Disponível em: <<http://e-revista.unioeste.br/index.php/temposhistoricos/article/view/9013/6604>>. Acesso em 03 mai. 2016.

SUPIOT, Alain; DELMAS-MARTY, Mireille (Orgs.). *Prendre la responsabilité au sérieux*. 1. ed. Paris: Dépôt legal, 2015.

VENTURA, Deisy. *O espírito de filadélfia - a justiça social diante do mercado total*. *Direito & Práxis*. v. 6, n. 12, 2015, p. 692. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/19320/14054>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

Submissão: 17/07/2016

Aceito para Publicação: 21/10/2016



## ***O DIREITO DO TRABALHO NO PÓS-POSITIVISMO: UMA NOVA PERSPECTIVA SOBRE UM VELHO DIREITO SOCIAL***

### ***LABOUR LAW IN POSTPOSITIVISM: A NEW PERSPECTIVE ABOUT AN OLD SOCIAL RIGHT***

**Antonio Braga da Silva Junior\***

**RESUMO:** O Direito do Trabalho, por tratar de valor central na ordem constitucional brasileira – o trabalho humano digno –, carece de uma repaginação para o intérprete, de modo a evoluir o paradigma positivista em que foi idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho. A teoria positivista do Direito, embaixadora da opção político-ideológica liberal do século XIX e, mais recentemente, do neoliberalismo, mostra-se incapaz de promover a contento a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas na atual ordem democrático-constitucional. Desponta, daí, o clamor por uma reanálise das normas trabalhistas. O Direito do Trabalho pós-positivista, ao enxergar os valores sociais e princípios tutelares do labor como parte integrante do núcleo constitucional irradiador de efeitos para toda a ordem jurídica, apresenta-se à atividade jurídica e política do Estado e até mesmo às relações particulares como instrumento essencial para a realização do projeto constitucional de afirmação da dignidade da pessoa humana, de democratização da tutela social e de alcance da justiça social.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito do Trabalho. Pós-positivismo. Constitucionalismo. Estado Democrático de Direito.

**ABSTRACT:** *The Labour Law, since it addresses a central value to the Brazilian constitutional order - decent human labor -, needs to be redesigned in the eyes of the interpreter, in order to overcome the positivist paradigm in which the Consolidation of Labor Laws was designed. The positivist theory of law, which has based the liberal politics of the nineteenth century and, more recently, the neoliberalism, seems unable to promote the effectiveness of labor fundamental rights in a satisfactory manner at the current democratic and constitutional order. Therefore, the necessity of a re-examination of labor law arises. The post-positivist Labor Law, by considering the principles and social values of human labor as part of the constitutional core that irradiates effects throughout the whole legal system, presents itself to the judicial and the policy-making state activities and even to private relations as an essential instrument for the realization of the constitutional project of human dignity affirmation, of social protection democratization and of achieving social justice.*

**KEYWORDS:** *Labor law. Postpositivism. Constitutionalism. Democratic State of Law*

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A superação do positivismo jurídico. 2 O pós-positivismo como novo paradigma jusfilosófico. 2.1 A abertura axiológica do sistema jurídico. 2.2 A normatividade dos princípios. 2.3 A constitucionalização do Direito. 2.4 Direitos Fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana. 3 O direito do trabalho pós-positivista. 3.1 O movimento pendular da história constitucional do Direito do Trabalho em face das transformações socioeconômicas. 3.2 A renovação juslaboral: o Direito do Trabalho no constitucionalismo democrático brasileiro. 3.3 O Direito do Trabalho no contexto pós-positivista. Considerações Finais. Referências.

## **INTRODUÇÃO**

Como bem se percebe atualmente, são cada vez mais crescentes as investidas patronais a favor de flexibilizações das regras protecionistas do Direito do Trabalho, o intenso *lobby* para ampliação da terceirização de serviços, as propostas extremistas de total desregulamentação trabalhista inspiradas, por exemplo, na dura realidade da China ou dos Tigres Asiáticos.

Essas propostas patronais – que na atualidade ganham ainda mais força com o momento de crise socioeconômica nacional – fundamentam-se numa revisitação do ideário liberal-individualista predominante no já longínquo início do século XX, que, por sua vez, enxergava

\* Mestrando em Direito no Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Auditor-Fiscal do Trabalho.

na lógica formal, neutra e avalorativa do positivismo jurídico uma ferramenta eficaz para o atingimento dos seus objetivos patrimonialistas.

O alicerce juspositivista em que fora idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho – principal diploma legal regulador das relações de trabalho, editado ainda em 1943 –, portanto, talvez seja capaz de explicar os percalços e investidas atualmente presenciadas contra a proteção do trabalho hipossuficiente.

Entretanto, o contexto social e político mudou. Da mesma forma, a teoria do Direito evoluiu. Os valores exaltados pela sociedade são outros, e, agora, mais evidentes. A rígida estrutura jurídica positivista, alheia à realidade empírica e a qualquer conteúdo axiológico, apresenta-se atualmente insustentável, impotente que se mostra para compreender a realidade jurídica de uma sociedade crescentemente complexa e plural.

A atual ordem democrático-constitucional, repleta de exaltação de valores e princípios tutelares do labor humano, em uma nítida vocação antropocêntrica<sup>1</sup> centrada na dignidade da pessoa humana, passa, então, a questionar a aptidão do modelo justralhista tradicional para promover a contento a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas.

Diante desse contexto, desponta o objetivo central deste estudo: a reanálise do Direito do Trabalho pelo prisma constitucional, a partir dos referenciais filosófico-jurídicos do pós-positivismo.

Em uma tomada de postura crítica sobre o tema, sem qualquer pretensão de se propor elaboração de uma teoria crítica, foi utilizado como método de desenvolvimento do trabalho a construção de uma digressão sobre o pós-positivismo por meio de uma bibliografia de referência no campo teórico-filosófico do Direito. Assentadas as premissas teóricas fundamentais, foram em seguida apresentados os parâmetros retóricos circulantes na doutrina

<sup>1</sup> “Vocação antropocêntrica” da Constituição da República é uma expressão emprestada do voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão no paradigmático caso conhecido como *Chacina da Candelária* no âmbito do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em que fora discutida a concorrência entre *liberdade de imprensa* (interesse público de divulgação midiática do caso) em contraponto ao *direito ao esquecimento* (direito da personalidade de um dos envolvidos de não ter seu nome vinculado ao crime noticiado em rede nacional). Na ocasião, o STJ decidiu por unanimidade a prevalência do direito ao esquecimento, assentando como um dos fundamentos da decisão que os diversos dispositivos constitucionais tutelares da intimidade, honra, imagem e demais valores da pessoa e da família evidenciam uma predileção constitucional para soluções protetivas da pessoa humana. Concluiu, portanto, que “a despeito de a informação livre de censura ter sido inserida no seletivo grupo dos direitos fundamentais (art. 5º, inciso IX), a Constituição Federal mostrou sua vocação antropocêntrica no momento em que gravou, já na porta de entrada (art. 1º, inciso III), a dignidade da pessoa humana como - mais que um direito - um fundamento da República, uma lente pela qual devem ser interpretados os demais direitos posteriormente reconhecidos”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.334.097-RJ (2012/0144910-7). Min. Rel. Luis Felipe Salomão, julgado em 28/05/13, publicado DJE em 10/09/2013. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em 28/11/15.



hegemônica juslaboral e apontados os elementos paradigmáticos da superação da visão formalista do direito na seara trabalhista, com o fim de se desenvolver reflexões diferenciadas e transformadoras sobre a realidade juslaboral.

Para atingir o objetivo proposto, o presente artigo foi estruturado em duas partes. A primeira, em um viés jusfilosófico generalista, tratará da superação do positivismo jurídico, haja vista sua antiquada rigidez formal e acrítica. Consecutivamente à impotência do positivismo, analisar-se-á o advento do pós-positivismo como novo paradigma jusfilosófico, caracterizado pela comunicação do ordenamento jurídico aos valores pulsantes na sociedade, pela normatividade dos princípios tal como das regras, pelo foco na Constituição como fonte das normas fundamentais e pela consolidação dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana, que mudam a face do Direito para atender aos clamores por justiça social e valorização humana no novo século.

A segunda parte do trabalho, em um recorte trabalhista do tema, enfocará a necessária repaginação do Direito do Trabalho pela perspectiva jusfilosófica pós-positivista. A análise se dará com a observação evolutiva dos fatores econômicos, sociais e políticos ao longo da história juslaboral, demonstrando que, quando vigente o momento político-ideológico Liberal, o Direito do Trabalho via-se oprimido diante da tendência civilista individual-patrimonialista calcada no positivismo tradicional; quando passado ao Estado de Bem-Estar Social, o Direito do Trabalho iniciava sua fase de fortalecimento a ponto de constitucionalizar-se mundo afora. E atualmente, no contexto do Estado democrático constitucional, mesmo diante de ameaçadoras investidas neoliberais, o Direito do Trabalho tem na perspectiva pós-positivista uma promissora proposta, como se verá adiante.

316

## 1 A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO JURÍDICO

A filosofia juspositivista, que doravante chamaremos de positivismo tradicional<sup>2</sup>, funda-se no positivismo científico, em que inclusive as ciências sociais são tidas como conhecimento científico objetivo, neutro, livre de juízos de valor e de ideologias, livre de indagações

<sup>2</sup> Bem se sabe que o positivismo jurídico não representa uma unidade homogênea. Ao contrário, várias foram as “versões” de positivismos ao longo da história, tal como as clássicas idealizações de Hans Kelsen, Alf Ross, H.L.A Hart, Norberto Bobbio e Joseph Raz. Entretanto, para fins didáticos e para facilitar a explanação, trataremos por “positivismo tradicional” a estrutura lógica central caracterizadora dessa corrente de pensamento, conformadora de uma identidade teórica a despeito das diversas nuances criadas circunstancialmente.

metafísicas. Essa importação da teoria científico-positivista para o âmbito jurídico fez como que o direito fosse concebido de modo apartado à moral e aos valores transcendentais. A pretensa ciência jurídica se fundava, então, distanciada de questões como legitimidade e justiça.<sup>3</sup>

O sistema jurídico era pensado estritamente em sua estrutura lógico-formal. E esse pensamento cartesiano se justificava pelo contexto da transição histórica para a fase moderna, em que a partir do século XVIII a sociedade clamava por imposição de limites ao poder arbitrário e ilimitado do soberano. Mostrava-se necessário enclausurar o sistema jurídico contra os valores jusnaturalista, que sustentavam os desmandos absolutistas com fundamentos vagos e metafísicos de uma razão subjetiva. Minguava-se, daí, a preocupação com o conteúdo moral diante da premente necessidade de se conformar o sistema jurídico.

Em busca dessa segurança jurídica e objetividade do sistema jurídico, o juspositivismo é concebido, portanto, como ciência da legislação positiva, que pressupõe uma situação histórica concreta: a concretização da produção jurídica em uma única instância constitucional, a instância legislativa. Seu significado supõe uma redução de todo o sistema jurídico ao texto da lei, nela incluindo os direitos e a justiça, de modo que a atividade do jurista se resumiria simplesmente em perscrutar a vontade clara do legislador.<sup>4</sup>

É nesse cenário que se solidifica a doutrina do positivismo jurídico, capitaneada pela teoria kelseniana. Para Hans Kelsen, em sua *Teoria Pura do Direito* – cuja própria denominação denota o estudo do Direito alheio a valores e a quaisquer outras interferências epistemológicas (filosofia, economia, sociologia) –, o direito se limitava ao aspecto da validade formal da lei, independentemente de seu conteúdo. Mesmo com a idealização da norma fundamental como fundamento de validade para o ordenamento jurídico, essa norma fundamental era pensada por Kelsen como mero pressuposto lógico-formal de validade do Direito, sem exercer qualquer função ético-política relacionada à fundamentação do conteúdo do Direito.<sup>5</sup>

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48. p. 23.

<sup>4</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. Traducción de Marina Gascón. 7ª ed. Madrid: Trotta, 2007. p. 33.

<sup>5</sup> KELSEN, Hans. Capítulo V - Dinâmica Jurídica. In: \_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135-194.

Malgrado o inestimável legado epistemológico do positivismo tradicional, é fato que a visão de distanciamento entre valores e normas jurídicas criou um verdadeiro abismo entre as dimensões do *ser* e o *dever ser*. Diante da concepção do ordenamento jurídico edificado sobre os critérios de validade formal das normas, com tendência anti-ideológica, o Direito na concepção juspositivista abria-se a indistintas espécies de conteúdo.

A disseminação do positivismo jurídico, em que o Direito era traduzido como um conjunto de normas em vigor compondo um sistema perfeito e prescindível de qualquer justificação moral além da própria validade, tornou-se inclusive terreno fértil para a legitimação de doutrinas autoritaristas responsáveis por lamentáveis resquícios históricos da humanidade. Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O fetiche da lei e o legalismo acrítico, subprodutos do positivismo jurídico, serviram de disfarce para autoritarismos de matizes variados. A ideia de que o debate acerca da justiça se encerrava quando da positivação da norma tinha um caráter legitimador da ordem estabelecida. Qualquer ordem.<sup>6</sup>

Além da legitimação de regimes totalitaristas, o juspositivismo, diante da sua rigidez racional, acrítica, igualmente não se mostrava capaz de encontrar soluções perante as cada vez mais complexas relações da plural sociedade moderna. Passa a ser crescente a evidência da insuficiência da norma posta para, em casos sensíveis, limítrofes e nebulosos, promover e garantir a justiça social.

O próprio Hans Kelsen, quando tem o capítulo *A Interpretação* de sua citada obra *Teoria Pura do Direito* analisado em pormenor, já nos sinaliza, ainda que sutilmente, algumas limitações do positivismo tradicional.<sup>7</sup> Com efeito, diz o autor que o ato de interpretação jurídica submete-se a “uma relativa indeterminação”. Isso porque “A norma do escalão superior não pode [não é capaz de] vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação”. Acrescenta que “Mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer”, haja vista

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48. p. 22-23.

<sup>7</sup> KELSEN, Hans. Capítulo VIII - A Interpretação. In: \_\_\_\_\_. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 245-251.

a dependência de “circunstâncias externas que o órgão emissor do comando não previu e, em grande parte, nem sequer podia prever”.<sup>8</sup>

Kelsen deixa transparecer, portanto, sua conclusão no sentido da limitação do positivismo jurídico para antever todas as plúrimas e complexas circunstâncias sociais sobre as quais recai o Direito. E, para contornar essa limitação latente, assume – a nosso ver de modo contraditório ao seu intento positivista de segurança jurídica – que “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que - na medida em que sejam aferidas pela lei a aplicar - têm igual valor”.<sup>9</sup> Descortina-se na análise do próprio Kelsen, portanto, as primeiras evidências de impotência do positivismo jurídico.

De acordo com a análise de Luis Prieto Sanchís, a decadência do positivismo tradicional vem na verdade de um fenômeno quantitativo: a multiplicação das normas pela complexidade da sociedade moderna e o aumento da intervenção do Estado nos problemas sociais. Esse fenômeno de multiplicação legal no fim provoca um fenômeno qualitativo: as decisões dos juízes e demais operadores do Direito passam a uma intervenção circunstancial e casuística. A multiplicação das leis, a complexidade e variedade de casos sociais enfrentados e a velocidade de mutação fizeram com que certeza das leis se tornasse insegurança.<sup>10</sup>

A impotência do positivismo jurídico, portanto, abriu caminho para profundas reflexões acerca do Direito, bem como da sua função social e sua interpretação. A ferramenta lógico-dedutiva antes utilizada para a solução de conflitos passou a denotar sua insuficiência diante de casos difíceis, de obscuridades e de conflito de normas para o caso concreto. As intensas críticas instigaram os doutrinadores a adaptar suas teorias e concepções às necessidades complexas enfrentadas no mundo jurídico.

Diante da desvelada crise do positivismo tradicional, os teóricos da filosofia jurídica passam a concebê-lo com a necessidade de relativização do parâmetro de validade exclusivamente formal da norma. O positivismo exclusivo<sup>11</sup> (duro, inflexível) passa à

<sup>8</sup> *Idem. Ibidem.* p. 246.

<sup>9</sup> *Idem. Ibidem.* p. 247.

<sup>10</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Del mito a la decadencia de la Ley: la Ley en el estado constitucional. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 5-45. p. 22-23.

<sup>11</sup> De acordo com a vertente positivista apelada de exclusiva (ou dura, inflexível), que possui de Joseph Raz como principal nome, a norma jurídica é identificada como válida por referência exclusivamente às suas fontes formais, independentemente do seu conteúdo moral. Para a diferenciação entre as vertentes exclusiva e inclusiva do positivismo, vide DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. p. 134-136.

adaptação, recebendo conformação de uma nova nuance positivista, de nítida aproximação do sistema jurídico ao sistema moral, batizada de positivismo inclusivo, ou moderado, tendo H.L.A. Hart como principal representante<sup>12</sup>, mormente após o elucidativo posfácio de sua obra *O conceito de Direito*<sup>13</sup>.

Notável, nesse cenário, a busca de aproximação do Direito com a moral – sem, contudo, confundi-los. A história mundial não mais aceitaria que arbitrariedades e tiranias fossem legitimadas pelo Direito. Necessário se mostrava uma análise crítica do conteúdo das normas do ordenamento jurídico, com parâmetros morais de justiça. Surgia, daí, o caminho para uma nova etapa da teoria do Direito: o pós-positivismo jurídico.

## 2 O PÓS-POSITIVISMO COMO NOVO PARADIGMA JUSFILOSÓFICO

Após profundos traumas históricos decorrentes de regimes totalitários e de duas guerras avassaladoras, o Direito já não poderia ser acusado de ser uma mera racionalidade instrumental destinada à satisfação dos interesses das classes dominantes.

Efervesceram mundo afora discussões acerca da necessária observância pelo sistema jurídico dos valores enaltecidos pela sociedade. Surgiram, principalmente a partir da segunda metade do século XX, inovações filosóficas e jurídicas que se inspiraram na nova ordem social, calcada principalmente na dignidade do ser humano e na justiça social.

Diante da evolução social, o Direito carecia de uma reanálise. Tornava-se cada vez mais evidente a obsolescência da perspectiva estritamente formal do Direito, alheia a juízos éticos e à realidade empírica.<sup>14</sup> O mundo prático torna-se importante. As questões sociais, políticas e econômicas, antes isoladas pelo positivismo, passam agora a instigar os debates dos juristas.

<sup>12</sup> A construção teórica da regra de reconhecimento de Hart, que em cada comunidade estabelece os critérios de validade jurídica a partir da aceitação social, rechaça a noção tradicional positivista de que Direito é exclusivamente o legislado. A grande contribuição de Hart é valorizar a fonte social do Direito, exaltando outros elementos no Direito que não apenas o sistema formal lógico-dedutivo (tal como em Kelsen e Ross).

<sup>13</sup> HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994. No posfácio dessa obra, Hart busca responder as críticas geradas pela primeira edição de seu livro, principalmente as críticas “de grande alcance” de Ronald Dworkin.

<sup>14</sup> A título de exemplo, relembremos o artigo 402 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, que, em sua redação original de 1943, admitia o trabalho do menor de 18 (dezoito) anos, sem qualquer limitação, em trabalhos sob direção do pátrio poder, como medida de educação infantil. No momento histórico em que editado, a absoluta exaltação do pátrio poder sobre os interesses da criança justificavam a medida – o que por óbvio se mostra atualmente inimaginável diante do hodierno aparato de proteção psicossocial das crianças e adolescentes. Atualmente o artigo 402 apresenta-se completamente reeditado, em consonância com a proteção do trabalho do menor estatuído no artigo 7º, XXXIII da Constituição da República, nas Convenções n.º 138 e 182 da

O valor absoluto da lei torna-se relativizado diante das contingências humanas. O legado científico do positivismo jurídico clamava por um olhar crítico, mais penetrante. Tal como uma estrutura sintática de uma língua que não se mostra útil sem a respectiva semântica e observância das necessidades pragmáticas, as importantes conquistas formais positivistas suscitavam preenchimento de conteúdo.

Em busca de uma nova racionalidade jurídica, prospectiva, o objetivo passa a ser pensar o Direito para além da norma posta. É o que Karl Larenz categoricamente denominou de busca por um “direito *extra legem*, porém, *intra jus*”.<sup>15</sup>

Está-se, pois, diante do que veio a ser denominado pós-positivismo, marcado pelo intuito de preservação do legado positivista (legalidade e segurança jurídica), sem, todavia, se fechar à realidade social, política e econômica e aos valores pulsantes na sociedade.

Conforme observa Daniel Sarmiento, a tendência pós-positivista do Direito pretende-se mais flexível e adaptável às contingências pós-modernas do que o direito coercitivo e sancionatório. Em profunda síntese, aduz o autor que “O direito pós-moderno é refratário à abstração conceitual e à axiomatização: prefere o concreto ao abstrato, o pragmático ao teórico, e rejeita as grandes categorias conceituais do Direito moderno”.<sup>16</sup>

Em busca do imperioso desafio de se conformar interesses e se buscar justiça em uma sociedade complexa em sua pluralidade, notam-se as marcas dessa nova tendência jusfilosófica para o Direito: abertura do ordenamento jurídico aos valores sociais, normatividade dos princípios tal como das regras, o foco na Constituição como fonte das normas fundamentais e a consolidação dos direitos fundamentais centrados na dignidade da pessoa humana.

## 2.1 A Abertura Axiológica do Sistema Jurídico

Para se observar a relação entre valores e o Direito, necessário inicialmente a busca pelo significado de *valor*.

---

Organização Internacional do Trabalho - OIT e no Capítulo V da Lei n.º 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

<sup>15</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 588.

<sup>16</sup> SARMENTO, Daniel Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 408-409.

Robert Alexy, utilizando-se da doutrina de G. H. von Wright, extrai que conceitos valorativos são caracterizados pela definição do que é bom, do que tem valor. “Conceitos axiológicos são utilizados quando algo é classificado como bonito, corajoso, seguro, econômico (...)”<sup>17</sup>. Valor é, portanto, relacional, dependente da relação entre o sujeito e os fatos ou objetos que o circundam.

Transferindo essa ideia para o âmbito social, valores sociais podem ser tidos como estimativas predominantes dos atores que compõe a sociedade. O valor social é, daí, dado pela vivência, pela escolha comunitária do que é valioso.

E como o Direito, com seu caráter coercitivo fundado em uma estrutura essencialmente deontológica, se relaciona com os valores emergentes da sociedade?

Bem se sabe que em um viés juspositivista esses valores sociais se associam ao Direito, num primeiro momento, no ato da criação normativa<sup>18</sup>. Em outras palavras, é o legislador, ou mais especificamente o Constituinte no âmbito supralegal, que deliberadamente colhe os valores eleitos a ganhar coercibilidade mediante o ingresso na ordem jurídica, tornando-os, assim, fundamentos do dever ser.

A diferença entre o referido positivismo jurídico e o pós-positivismo, nesse aspecto, é que naquele – principalmente em sua versão tradicional, exclusiva –, os valores tangenciam o Direito apenas e tão somente no momento de criação da norma, durante a atividade legiferante. Dessa forma, conforme já mencionado, no positivismo jurídico o juiz aplica a Lei limitado à busca pela vontade do legislador, sem juízo de conteúdo valorativo. Observa-se, daí, um vácuo valorativo entre a edição da norma e a sua aplicação.

Já o pós-positivismo, de outra banda, passa a conceber o Direito como um sistema aberto, axiológico-teleológico. Axiológico porque em constante diálogo com os valores sociais e a moralidade. Teleológico por ter como fim a efetivação das normas embasadas no universo desses valores.

Nessa nova tendência jusfilosófica pós-positivista, portanto, os valores circundam o sistema jurídico não apenas no momento de criação da norma, mas também durante a sua aplicação.<sup>19</sup> Sobretudo por meio dos princípios, que condensam valores fundamentais do

<sup>17</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 145.

<sup>18</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. p.34.

<sup>19</sup> Consoante Karl Larenz, até mesmo as regras, principalmente as que contêm conceitos jurídicos indeterminados (mas não somente estas), necessitam de um juízo prévio de valor por parte do magistrado para

sistema e os transportam para a concretização do Direito, os valores, ao passo que garantem unidade ao ordenamento, figuram como pauta de atuação para o intérprete.<sup>20</sup>

## 2.2 A Normatividade dos Princípios

Para que o Direito se adaptasse a essa guinada da evolução social e não se tornasse alheio à sociedade que visa nortear, tampouco alheio aos valores nela impregnados, a teoria do Direito passa a exaltar a normatividade dos princípios, que, doravante, passariam a compor o sistema normativo, ao lado das regras.

Imperioso frisar que a grande novidade do pós-positivismo não estava propriamente na existência de princípios, ou no reconhecimento destes pelo ordenamento jurídico. Muito antes, mesmo na era jusnaturalista, em obras filosóficas ou religiosas já se observavam mandamentos principiológicos que influenciavam ainda que indiretamente o Direito. Tome-se como exemplos o mandamento judaico-cristão de amor ao próximo, que inspira as relações humanas inclusive na atualidade, o fundamento grego da não-contradição, de Aristóteles, que embasa a não tolerância de antinomias pelo Direito, e, ainda, o brocardo romano de Ulpiano, que sintetizava os princípios básicos do Direito: “Viver com honestidade, não lesar o próximo e dar a cada um o que é seu”.<sup>21</sup>

A grande novidade reside, sim, no reconhecimento da normatividade dos princípios, em superação à concepção estritamente axiológica.

O assentamento da normatividade dos princípios ganha relevo para a Teoria do Direito principalmente com a doutrina de Ronald Dworkin<sup>22</sup> e Robert Alexy<sup>23</sup>. Apesar das

323

---

sua concreção. In: LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 406-413.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48. p. 25.

<sup>21</sup> *Idem*. *Ibidem*. p. 24-25.

<sup>22</sup> No tocante à normatividade dos princípios, apesar das lições antecedentes de grande contribuição – como Esser e Larenz e suas distinções iniciais entre princípios e regras –, foi com Dworkin que o atual debate tomou força significativa, tendo como marco principal o seu artigo *The Model of Rules* (O modelo de regras), de 1967, e posteriormente sua famosa obra *Taking Rights Seriously* (Levando os direitos a sério). Uma das principais contribuições de Dworkin foi a noção de princípios como normas vinculativas e coercitivas. Segundo o autor, em uma comunidade de princípios o sistema jurídico não é encarado da mesma forma como ocorre em uma comunidade baseada em códigos. Em busca de um significado mais profundo além daquele expresso no texto da lei, a comunidade de princípios trata o ordenamento jurídico como uma decorrência do compromisso da



discrepâncias entre os autores quanto à definição de princípio e sua diferenciação de regras – que em razão do enfoque deste artigo deixaremos de abordar –, ambas as concepções exaltam o caráter fluido dos princípios como ferramenta essencial para a superação da lógica do “tudo ou nada” na resolução de antinomias, capaz de mensurar o que de mais justo pode ser colhido da integridade do sistema jurídico para a aplicação prática em cada caso trazido à discussão, em busca de justiça. Essa nova doutrina, portanto, consolida o caráter normativo dos princípios, que passam a se apresentar como fundamento de toda a ordem jurídica.

De acordo com preciosa síntese de Bonavides, a teoria dos princípios alcança a fase do pós-positivismo com resultados bem consolidados, mormente a passagem dos princípios da mera especulação metafísica para o campo concreto e positivo do Direito, o que acarretou a perda do caráter de meras normas programáticas e o reconhecimento de sua concretude no próprio texto constitucional.<sup>24</sup>

Tendo como ponto de partida uma Constituição que absorveu os princípios, o pós-positivismo propõe-se à tarefa de fazer com que tais princípios tenham efetividade, quer mediante aplicabilidade imediata, quer, ainda, por invocação na resolução dos conflitos em casos concretos. A proposta pós-positivista é, pois, que os princípios deixem de ser meras reflexões filosóficas, ultrapassando a fronteira do idealismo para que assim possam assumir o embasamento de todo o sistema jurídico.

324

### 2.3 A Constitucionalização do Direito

Antes relegada a mera carta política de intenções, com minguada efetividade normativa, a Constituição, a partir da ótica jusfilosófica pós-positivista, passa a ser compreendida como sede natural de valores e princípios que ilumina todo o ordenamento jurídico. O contexto de acentuada importância conferida aos valores sociais e a normatividade dos princípios jurídicos

---

comunidade com o esquema precedente da moral política. DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2ª ed. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>23</sup> A doutrina alemã de Robert Alexy é festejada na atualidade mormente em razão dos estudos sobre a absorção e afirmação dos princípios no ordenamento jurídico contemporâneo, culminando com a constitucionalização na forma de direitos fundamentais – assunto tratado com maestria em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Como consecução do pensamento de Dworkin, a principal contribuição de Alexy para a doutrina moderna cinge-se à concepção de princípios como “mandados de otimização” (unindo a diferenciação dworkiana entre argumentos de princípios e argumentos de política), que inclusive inspirou teorias modernas sobre os direitos sociais, como mínimo existencial e vedação ao retrocesso social.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 29ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

favoreceu a edificação dessa nova fase do Direito, que, por ter a Constituição como centro de organização política e de irradiação normativa, foi batizada de constitucionalismo<sup>25</sup>.

A célebre frase do constitucionalista Paulo Bonavides, “Ontem os códigos, hoje as Constituições”<sup>26</sup>, ilustra com propriedade o ponto de inflexão que o Direito de meados do século XX enfrentou. Se antes reinava a hegemonia do pensamento civilista, com sua forte característica liberal, individualista e patrimonialista calcada na filosofia juspositivista, o constitucionalismo passa a assumir o protagonismo, firmando-se de forma crescente como referência axiológica e normativa a todo o sistema jurídico, com potencialidade de transformar a sociedade.<sup>27</sup>

De acordo com a análise de Luis Prieto Sanchís, o novo constitucionalismo como Estado de Direito (forma de organização política imputável ao Estado de Direito) é o resultado da convergência de duas tradições constitucionais: o liberalismo típico da tradição norte americana, traduzido na limitação do poder político em prol dos valores individualistas, e o constitucionalismo social europeu, com origens ainda na Revolução Francesa, permeado por programas de transformação social e política que envolvia um amplo catálogo de direitos e de princípios não restrito a normas formais e procedimentais. Da primeira dessas tradições, mais liberal do que democrática, o constitucionalismo moderno herdou a ideia de garantia jurisdicional associada a uma desconfiança do legislador, de modo a se criar limites às deliberações deste - tal como o é o controle de constitucionalidade das leis. Da segunda

325

<sup>25</sup> Apesar da difundida opção terminológica “neoconstitucionalismo”, preferimos neste trabalho a expressão “constitucionalismo”. Isso porque, de acordo com Manuel Atienza, o polivalente termo “neoconstitucionalismo” está envolto de ambiguidades e imprecisões. Às vezes referem-no como fenômeno havido nos sistemas jurídicos modernos, de mudança do direito positivo e conseqüente centralização constitucional; outras vezes, como teoria do Direito apta à conceituação desse fenômeno. Ora utilizam o termo restrito ao Direito Constitucional, ora com amplitude referente ao ordenamento jurídico como um todo. E, como se não bastasse, o prefixo “neo” vem para aumentar a confusão, já que até onde se sabe não houve fenômeno ou teoria jurídica anterior que tenha se chamado de “constitucionalista” para justificar tal prefixo. In: ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014. p. 02. Não é outra a opinião de Luis Prieto Sanchís, quem, diante das imprecisões terminológicas e dos diferentes usos do termo “neoconstitucionalismo”, refere-se a essa “nova cultura jurídica” pelo termo “constitucionalismo”. In: SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta; 2003, p. 101.

<sup>26</sup> A breve porém profunda frase foi proferida por Paulo Bonavides, ao receber a medalha Teixeira de Freitas, no Instituto dos Advogados Brasileiros, em 1998. Vide: Medalha Teixeira de Freitas: homenagem a Paulo Bonavides. Editora Destaque, 1999. Disponível em <http://www.iabnacional.org.br/>. Acesso em 18/12/2015.

<sup>27</sup> Esse perfil constitucional de transformação social é inclusive expressamente previsto no texto da Constituição da República de 1988, desde o seu preâmbulo.

tradição, mais democrática, o constitucionalismo herdou o projeto de uma Constituição com eficácia normativa transformadora da realidade social.<sup>28</sup>

Para unir essas duas tradições, portanto, o constitucionalismo moderno idealizou um modelo de Constituição com força normativa que, além de regular a organização do poder e as fontes de Direito, prescreve diretamente direitos e deveres de eficácia imediata. Com precioso detalhamento, elenca Sanchís as principais características que o novo constitucionalismo assume nessa tarefa:

Em suma, os elementos caracterizadores desse neoconstitucionalismo como Estado de Direito são: primeiro, o *caráter normativo ou força vinculante*. A Constituição não é um catecismo político ou uma guia moral dirigida ao legislador virtuoso, mas uma norma como qualquer outra que incorpora a pretensão de que a realidade se ajuste ao que se prescreve. Segundo, *supremacia ou superioridade hierárquica* no sistema de fontes (...). Terceiro, *eficácia e aplicação direta* (...), pois se a Constituição é uma verdadeira norma suprema se supõe que ela não requer a interposição de nenhum outro ato jurídico para despertar sua força vinculante. Quarto, *garantia judicial*. Como sabemos neste ponto as possibilidades são muito amplas: controle concreto e abstrato, a priori e a *posteriori*, aplicado a Cortes especiais (controle concentrado) ou a juízos ordinários (controle difuso), etc. (...) Quinto, presença de um *denso conteúdo normativo que tem como destinatários os cidadãos* em suas relações com poder e também com suas relações sociais horizontais de direito privado, conteúdo normativo este formado por princípios, direitos e diretrizes (...) chamados à aplicação em casos concretos. Em sexto e em último lugar a *rigidez constitucional*. Não há dúvida de que o constitucionalismo resulta tanto mais forte quanto mais rígida for a alteração do texto, quanto mais inacessível se mostra frente a maioria legislativa (Tradução livre. Grifos nosso).<sup>29</sup>

326

Tem-se, então, a partir da perspectiva pós-positivista, a consolidação da noção de “Constituição embebedora”<sup>30</sup>, irradiadora, capaz de condicionar a legislação, a jurisprudência, a doutrina, a ação dos agentes públicos e, ainda, influenciar diretamente a dinâmica das relações sociais. O teor constitucional passa a irradiar diretrizes sobre qualquer ato de criação, interpretação ou aplicação do Direito.

As Constituições assumem caráter dirigente, compromissório, de modo a conferir eficácia a seus valores e ideais, deixando para trás sua antiquada concepção meramente programática. A compreensão desse constitucionalismo como aspecto do Estado Democrático de Direito é relevante porque, por meio dele, as normas constitucionais vinculam a

<sup>28</sup> SANCHÍS, Luis Prieto. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003. p. 110.

<sup>29</sup> *Idem. Ibidem*. p. 117.

<sup>30</sup> STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161

formulação, implementação, execução, controle e avaliação das políticas públicas engendradas com vista à promoção do máximo existencial.

No constitucionalismo, portanto, a Constituição passa a ser compreendida não como mero documento que estabelece direitos, mas sim como algo que efetivamente constitui<sup>31</sup>, e que, conseqüentemente, reconstitui a sociedade que dela se vale.

No caso brasileiro, associado em grande parte à desilusão com a política, bem como com a crise de representatividade do parlamento, o constitucionalismo afirma-se crescentemente como elemento basilar do Estado Democrático de Direito.

## 2.4 Direitos Fundamentais Centrados na Dignidade da Pessoa Humana

Referidos como núcleo da proteção da dignidade da pessoa humana<sup>32</sup>, os direitos fundamentais designam prerrogativas ostentadas pelo ordenamento jurídico com a finalidade de garantir uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Segundo José Afonso da Silva, “No qualificativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.<sup>33</sup>

Importante destacar que os direitos fundamentais, ao passo que designam direitos subjetivos, constituem elementos basilares da ordem constitucional objetiva no paradigma pós-positivista. Conquanto a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais seja a mais enfatizada nas discussões jurídicas, por criar direitos e conseqüentes deveres diretamente na esfera pessoal do cidadão diante das relações jurídicas, ela convive reciprocamente com a dimensão objetiva, a partir da qual os direitos fundamentais constituem princípios básicos da ordem constitucional.

<sup>31</sup> Nesse sentido é a breve, porém emblemática expressão de Lenio Streck, resumidora do constitucionalismo: “a constituição compreendida como algo que constitui”. STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 163-164.

<sup>32</sup> Importante destacar a ressalva de Canotilho em relação à indevida subjetividade provocada pela identificação da dignidade da pessoa humana como nota da fundamentalidade. Conforme aduz o constitucionalista português, não se deve perder de vista que paralelamente aos direitos de índole subjetiva, atrelados à vida humana, existem outros direitos igualmente fundamentais de cunho objetivo, como é o caso daqueles atinentes à pessoa coletiva, às pessoas jurídicas e ao interesse social, como, por exemplo, os incisos XXI, XXIII, XXVIII, XIX do artigo 5º da Constituição da República de 1988. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140.

<sup>33</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 182.

Nesse sentido objetivo, os direitos fundamentais transcendem a função de meros garantidores de posições individuais, passando a serem observados também como normas que representam os principais valores da sociedade, capazes inclusive de irradiar esses valores por todo o sistema jurídico, conformando a interpretação e a aplicação em todos os ramos do Direito. No contexto de constitucionalização de valores sociais e princípios empreitado pelo pós-positivismo, portanto, não se pode olvidar o enfoque nos direitos fundamentais como base do ordenamento jurídico no Estado Democrático de Direito.<sup>34</sup>

E, em razão dessa dimensão objetiva irradiante, o cenário axiológico criado pelos direitos fundamentais pode até mesmo legitimar interpretações restritivas a outros direitos individuais envolvidos. É o caso, por exemplo, das sucessivas decisões judiciais no sentido da abusividade de revistas íntimas praticadas no ambiente laboral.<sup>35</sup> Nesses casos, entendem os Tribunais, com base na perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, que o direito patronal à liberdade de gestão, à autonomia da vontade e à proteção da propriedade limita-se diante do necessário resguardo à dignidade do trabalhador.

Destaque-se como importante consequência da dimensão objetiva dos direitos fundamentais o *dever de proteção* imputado ao Estado, em que este, por meio dos seus três poderes, deve adotar medidas positivas de proteção efetiva dos direitos fundamentais. É dizer, sob esse enfoque objetivo os direitos fundamentais correspondem a um direito a prestação positiva, na medida em que cobram a adoção de providências materiais, políticas ou jurídicas, de resguardo dos bens tutelados pelos direitos fundamentais.<sup>36</sup>

São essas, portanto, as principais características dessa nova fase do pensamento jurídico, apelidada de pós-positivista, que muda a face do Direito para seguir as tendências e clamores por justiça social e valorização humana no novo século.

<sup>34</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 167.

<sup>35</sup> Rememore-se o paradigmático caso de um conferente que ajuizou reclamação trabalhista contra uma grande empresa de segurança e transporte de valores, em que o Tribunal Superior do Trabalho manteve a condenação por danos morais. Naquela ocorrência, o conferente de numerários era submetido a revistas íntimas diárias, nas quais era revistado de cueca ou nu em frente a colegas e ainda era obrigado a dar uma "voltinha" a pedido da chefia. No caso, assentou o relator que mesmo sendo a revista uma prerrogativa inserida no âmbito do poder fiscalizatório do empregador, como desdobramento do poder diretivo, encontra rígidos limites no princípio maior da dignidade da pessoa humana, consubstanciado na hipótese pelo direito à inviolabilidade da honra e da intimidade. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. TST-AIRR -166100-56.2009.5.15.0043. Min. Rel. Maurício Godinho Delgado, julgado em 08/05/13, publicado DJe em 10/05/2013. Disponível em <[http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset\\_publisher/89Dk/content/materia-especial-abordou-a-revista-intima-no-ambiente-de-trabalho](http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/materia-especial-abordou-a-revista-intima-no-ambiente-de-trabalho)> Acesso em 18/11/2015.

<sup>36</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 168.

### 3 O DIREITO DO TRABALHO PÓS-POSITIVISTA

#### 3.1 O Movimento Pendular da História Constitucional do Direito do Trabalho em face das Transformações Socioeconômicas

O Direito do Trabalho possui como elemento nuclear o trabalho livre dirigido ao processo produtivo. Posiciona-se, daí, diante de duas forças antagônicas, porém interdependentes: o trabalho humano e a produção econômica. Por esse motivo, sua evolução ao longo do tempo está intrinsecamente atrelada às transformações socioeconômicas e políticas havidas na história da humanidade.

Passemos, então, à análise dos fatores econômicos, sociais e políticos que envolveram o processo de formação e consolidação do Direito do Trabalho.

Durante o século XIX, reinava na sociedade ocidental a opção político-ideológica liberal<sup>37</sup>, tipicamente individualista. A autonomia da vontade e a exaltação da propriedade privada figuravam como pilares do pensamento jurídico à época. Reinava a exploração descontrolada da força de trabalho pelo capitalismo, em um sistema econômico expansionista ancorado no pensamento civilista, com sua forte característica individualista e patrimonialista.

Destaque-se que essa fase liberal-individualista do Estado flertava com a teoria positivista do Direito, que emprestava àquele sua estrutura lógico-formal acrítica, neutra, alheia a valores morais, viabilizando, pois, o ideário de preeminência do capital sobre o trabalho humano.

De acordo com a análise de Mauricio Godinho Delgado, esse contexto remonta à primeira fase histórica do Direito do Trabalho, de *manifestações incipientes e esparsas*, caracterizada pela quase desregulamentação trabalhista, à exceção de pontuais leis dirigidas tão-somente a reduzir a violência brutal da exploração sobre o trabalho de mulheres e

<sup>37</sup> O regime político-jurídico do Estado Liberal consolidou-se a partir das Revoluções Burguesas no final do século XVIII, em que a classe burguesa emergente detinha o poder econômico, enquanto o poder político estava sob o domínio da nobreza. O princípio da não intervenção do Estado na economia defendido pelo Estado Liberal foi, portanto, uma estratégia burguesa para evitar a ingerência dos antigos senhores feudais e monarcas na economia da época, garantindo a liberdade individual para a expansão dos seus negócios e consequente maximização do lucro. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 49-52.

menores. O espectro normativo trabalhista, portanto, ainda era disperso, mostrando-se incapaz de constituir um ramo jurídico próprio e autônomo.<sup>38</sup>

Os efeitos dessa quase desregulamentação trabalhista não demoraram a surgir. A exploração desmedida do trabalho humano no período pós-Revolução Industrial fez eclodir ações coletivas sistemáticas<sup>39</sup> dos segmentos sociais dominados pela estrutura socioeconômica da época industrial, com um conjunto de reivindicações tendentes à melhoria das condições do ambiente de trabalho. Remontam a essa época, por exemplo, a conquista da jornada limitada a 10 (dez) horas diárias na França e Inglaterra, bem como o direito de associação e greve.<sup>40</sup>

Em razão das conquistas alcançadas pelo movimento operário nesse período histórico da década de 40 do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, a fase é denominada de *sistematização e consolidação* do Direito do Trabalho, seguida da fase de *institucionalização*. Nesta, marcada pela criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT (1919) e pela Constituição de Weimar<sup>41</sup>, o Direito do Trabalho se constitucionaliza e se incorpora às ordens jurídicas dos países democráticos.

No caso do Brasil, observou-se um atraso na fase de institucionalização. Em meio a um período político centralizador e autoritário getulista (1930 a 1945), era idealizada a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (Decreto-Lei n.º 5.452/1943), que consolidou diversas leis trabalhistas esparsas anteriores, como a fixação da jornada de oito horas diárias para comerciários e industriários (Decreto n.º 21.186 e 21.364/1932), a criação da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS (Decreto n.º 21.175/1932) e férias (Decreto n.º 23.103/1933).<sup>42</sup>

<sup>38</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 97-100.

<sup>39</sup> São exemplos de manifestações coletivas desse período doutrinas socialistas como o *Manifesto Comunista* de Karl Marx e Friedrich Engels (1848), ilustrado pela sua célebre frase: “proletários de todos os países, uni-vos!”, bem como os movimentos *cartistas* na Inglaterra e na França, ocorridos mesma década do século XIX, que apesar da inicial resistência do governo aos reclamos sociais (redigidos em documento intitulado Carta do Povo – daí a denominação do movimento), provocou mudanças efetivas, como a regulamentação do trabalho feminino e infantil, a permissão de associações políticas e a limitação da jornada de trabalho diária a 10 horas.

<sup>40</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 100-101.

<sup>41</sup> A Constituição de Weimar, oficialmente Constituição do Império Alemão, vigente na República de Weimar (1919-1933), representa o auge da crise do Estado Liberal do século XVIII e a ascensão do Estado Social do século XX, uma vez que consagrou direitos sociais superando a organização do Estado em função do indivíduo. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 70-71.

<sup>42</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 101-102 e 114-118.

A essa época de institucionalização mundial do Direito do Trabalho (1919) até então imperava o viés político liberal clássico do Estado, referido acima, que sofreu seu primeiro abalo com a crise da Bolsa de Nova Iorque em 1929. A grande depressão econômica trouxe como consequência pobreza e desemprego por todo o mundo. A partir da crise, as pressões sociais para solução do caos socioeconômico inauguraram uma nova fase política, denominado Estado de Bem-Estar Social (*Welfare State*), notabilizado na busca da justiça social por meio de atuação proativa do Estado destinada à concretização dos interesses da coletividade, mediante direitos sociais. Iniciado com o programa *New Deal* norte-americano, o Estado de Bem-Estar Social se espalhou para o mundo ao fim da devastadora Segunda Guerra Mundial.

A hegemonia do Estado de Bem-Estar Social intensificou o fenômeno de constitucionalização do Direito do Trabalho. Os direitos sociais - inclusive os trabalhistas - passaram a ser incorporados às Constituições das principais potências econômicas na qualidade também de direitos fundamentais, tal como ocorrido com as Constituições Democráticas pós-1945 da França (1946), da Itália (1947) e da Alemanha (1949) e pós-1970 de Portugal (1976) e da Espanha (1978). Marcada por reivindicações igualitárias, a ideologia política do Estado Social fez alçar a patamar constitucional novos valores sociais e princípios que enalteciam o trabalho humano, como dignidade da pessoa humana, justiça social e valorização do trabalho humano.<sup>43</sup>

Contudo, a partir da crise do petróleo, iniciada em 1973, ocorre nova reviravolta política, econômica e social. A crise abalou novamente a economia mundial, inclusive com uma alta inflacionária nunca antes vista, acirrando os cortes orçamentários públicos e privados, além de elevar novamente as taxas de desemprego. Com o déficit fiscal do Estado, os gastos com políticas sociais foram prejudicados. Em um cenário de escassos recursos, as empresas aumentavam a busca por tecnologia para substituição da mão de obra humana, além de criarem novas formas de organização empresarial para redução de custos, como a terceirização de serviços e a exploração de cooperativas de serviços.<sup>44</sup> Diante da crise, os postos de trabalho que ainda restavam eram explorados ao máximo, agravado pela intensa oferta de mão de obra desempregada.

<sup>43</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 102.

<sup>44</sup> *Idem. Ibidem*. p. 103.



Em respostas ao grave quadro socioeconômico, desponta uma nova ideologia política denominada Neoliberal, afirmando um pensamento desregulatório do Estado de Bem-Estar Social. Segundo o historiador Perry Anderson, os neoliberais enxergavam as origens da crise localizadas no “poder excessivo (...) do movimento operário, que havia corroído as bases de acumulação capitalista com suas pressões reivindicativas sobre os salários e com sua pressão parasitária para que o Estado aumentasse cada vez mais os gastos sociais”<sup>45</sup>. Representantes das maiores economias do mundo<sup>46</sup> pregavam incessantemente diretrizes em favor do Estado Mínimo para a recuperação econômica, fato que atingia as políticas sociais, dentre elas o Direito do Trabalho.

Eis a *fase de crise* do Direito do Trabalho<sup>47</sup>, em que o labor humano era enxergado como valor estritamente utilitário. Nessa linha materialista, o trabalhador era tido como uma simples peça de um maquinário voltado cegamente para o lucro. A condição humana estava desprestigiada no ambiente laboral. Junto ao desprestígio individual caminhava também a involução da identidade social e coletiva dos trabalhadores. Enfim, o neoliberalismo furtava-se em enxergar o direito ao trabalho digno.<sup>48</sup>

Foi nessa fase neoliberal generalizada no mundo ocidental do fim do século XX que ganharam corpo inclusive as teorias flexibilizantes do Direito do Trabalho, ou, em uma proposta mais radical, a proposta de desregulamentação das normas protecionistas trabalhistas. Sob o argumento da necessidade da recuperação econômica, referidas propostas buscavam novos modelos de gestão trabalhista, calcados na exploração livre ou subregulamentada do trabalho, sob a míope concepção de que a crise socioeconômica do período se devia à dita excessiva proteção do trabalho humano.

Diante do exposto, nota-se que as fases trabalhistas estiveram entranhadas à dinâmica do cenário econômico, social e político, influenciando e sendo influenciadas em um movimento cíclico ao longo da história. Quando vigente o Estado Liberal, o Direito do

<sup>45</sup> ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (org). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996. p. 10.

<sup>46</sup> A ideologia política neoliberal desenvolve-se a partir do governo de Margaret Thatcher na Inglaterra de 1979, de Ronald Reagan nos EUA de 1980, bem como de Helmut Kohl na Alemanha de 1982. No Brasil, a ideologia neoliberal influenciou principalmente os governos de Sarney (1985), Fernando Collor de Mello (1990), Itamar Franco (1992) e os dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso (1995).

<sup>47</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. p. 103-104.

<sup>48</sup> DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: \_\_\_\_\_; DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 57.

Trabalho via-se oprimido diante do ideal individual-patrimonialista e da perspectiva juspositivista; quando passado ao Estado de Bem-Estar Social, o Direito do Trabalho agigantava-se a ponto de se constitucionalizar mundo afora. E agora, diante desse movimento pendular observado na história trabalhista, o advento do ideal neoliberalista faria o Direito do Trabalho retornar à fase de letargia<sup>49</sup> antes vista no liberalismo clássico? Dito de forma mais pragmática e dramática, vingaria a catastrófica previsão neoliberal de uma sociedade com trabalho desregulamentado?

### 3.2 A Renovação Juslaboral: o Direito do Trabalho no Constitucionalismo Democrático Brasileiro

A evolução social após os traumas de regimes totalitários e das grandes guerras mundiais levou à concepção não apenas do Estado Social de Direito, mas à sua evolução: O Estado Democrático de Direito.

O Estado Democrático é caracterizado pela convivência social livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo – o povo soberano exercendo-o diretamente ou por meio de representantes eleitos –, pelo povo – mediante democracia participativa no processo decisório livre – e para (todo) o povo, cumprindo a finalidade ética do poder e respeitando a pluralidade de ideias e culturas da sociedade.<sup>50</sup>

A democracia na história humana distinguiu-se e destacou-se por combinar princípios de liberdade, igualdade e fraternidade na convivência social, de modo a lançar luz e dar voz a indivíduos e grupos sociais antes marginalizados, destituídos de poder e riqueza.<sup>51</sup> É nesse novo paradigma que se intenta realizar o princípio democrático por meio da *efetividade* dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Para se alcançar essa pretensiosa qualidade democrática, essencial que o Estado não apenas reconheça no plano formal os direitos fundamentais individuais, políticos e sociais tal como observado nas fases Liberal e Social anteriores. Mais que isso, essencial que se

<sup>49</sup> O sentido figurado da palavra “letargia”, emprestada da neurociência, foi utilizada como sono profundo, apatia, estado de abatimento e depressão, inércia. In: FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Eletrônico Aurélio. Edição eletrônica. Versão 5.0. Rio de Janeiro: Editora Positivo, 2004.

<sup>50</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 122.

<sup>51</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista de direitos e garantias fundamentais, nº 2, 2007. p. 13.

garantam a todos os indivíduos condições suscetíveis de se alcançar efetivamente e concretamente o pleno exercício desses direitos fundamentais.

Nesse contexto foi conformada a ordem constitucional nacional vigente, resultado de um amplo processo de discussão oportunizado com a redemocratização do país após mais de duas décadas de ditadura militar. Caracterizada por uma evidente exaltação dos direitos fundamentais em reação ao regime restritivo, a Constituição Cidadã não economizou esforços em municiar a nação com um inovador catálogo amplo de direitos fundamentais sociais positivados no texto constitucional ou mesmo não expressos mas com ele consonante (CF, art. 5º, §2º). Inovação ainda maior certamente advém do seu artigo 5º, §1º, que concede aplicabilidade imediata a esses direitos sociais, avançando ao mero conteúdo dirigente.<sup>52</sup>

O tom democrático da Constituição de 1988, então, demanda uma superação da visão dos direitos sociais – inclusive os trabalhistas – como meras normas programáticas. Seu papel abrange o comprometimento com a adoção de medidas de efetivação dos direitos fundamentais voltadas ao reconhecimento universal de direitos e consequente alcance da justiça social. A simples previsão de tutela social em diplomas legais, se tida como simplória carta de intenções, não atenderia ao pressuposto democrático de efetivação dos valores da soberania popular, liberdade e igualdade inclusiva.<sup>53</sup>

Destaca-se, daí, o clamor por uma reanálise – agora pós-positivista – do Direito do Trabalho. O valor trabalho ocupa posição central na ordem constitucional, em suas facetas econômica e social, apresentando-se como eficiente mecanismo de distribuição de renda e de atenção social no âmbito do capitalismo. Associa-se aos propósitos da afirmação da dignidade da pessoa humana e da materialização da justiça social. A reflexão sobre a efetividade dos direitos fundamentais trabalhistas, portanto, posiciona-se nitidamente no centro de convergência entre o Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais dele decorrentes e as condições materiais para o gozo efetivo desses direitos.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 53.

<sup>53</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 126.

### 3.3 O Direito do Trabalho no Contexto Pós-positivista

Para que o Direito do Trabalho voltasse ao protagonismo como garantidor da justiça social, da igualdade, da valorização do trabalho humano e da função social da propriedade, com evidenciação do seu principal intuito concretizador dos direitos humanos fundamentais, mostrava-se essencial uma nova maneira de pensá-lo.

Necessário se mostrava uma base teórico-filosófica para fundamentar o enaltecimento do trabalho enquanto suporte de valor da dignidade do ser humano. As indagações filosóficas acerca do trabalho demandavam uma nova ferramenta para compreensão do verdadeiro sentido do direito fundamental ao trabalho digno.

A tendência jusfilosófica pós-positivista, embasada na abertura axiológica do sistema jurídico, na normatividade dos princípios jurídicos, na exaltação da Constituição como fonte de irradiação normativa e na efetividade dos direitos fundamentais apresenta-se, então, como uma tábua de salvação para a fase crítica do direito trabalhista brasileiro vivenciado nas últimas décadas no contexto neoliberal.

O Direito do Trabalho pós-positivista se destaca principalmente a partir da reflexão da importância do trabalho prestado em condições dignas, e, mais que isso, pela necessidade democrática de se concretizar esse resguardo da dignidade na prática das relações trabalhistas. Por meio de uma reanálise pós-positivista, o Direito do Trabalho se mostra capaz de resgatar os fundamentos constitucionais que enaltecem o trabalho como *locus* da dignidade do ser humano.

Para tanto, o Direito do Trabalho, na perspectiva pós-positivista, exige do intérprete uma nova consciência, provocadora da noção de que estar protegido pelo trabalho significa não necessariamente mero fomento à criação de postos de trabalho, mas também – e principalmente – a concretização, no plano constitucional, dos direitos fundamentais que asseguram uma vida minimamente digna ao trabalhador. Nesse sentido é a oportuna abordagem da professora Gabriela Neves Delgado, que, ao tratar do direito fundamental ao trabalho digno, destaca o cuidado com o sentido da expressão “direito ao trabalho”. Segundo a autora, caso tomada literalmente, a expressão poderia conduzir à interpretação fria e avalorativa de que referido direito se trata de mera criação numérica de postos de trabalho, ainda que precários. Porém, na atual ordem constitucional “do Estado Democrático de Direito

não se concebe o trabalho como simples sujeição, mas sim como direito, isto é, como vantagem protegida juridicamente”.<sup>54</sup>

Dito de modo mais concreto, observado o plano normativo constitucional, a visão pós-positivista provoca o direcionamento do intérprete à noção de que as relações trabalhistas se inserem no contexto de centralidade da Lei Maior, carreadoras de valores e princípios enaltecidos da *justiça social* (art. 170, *caput*, da CF), da *valorização do trabalho humano digno* (art. 1º, III e IV, da CF), da *vedação ao retrocesso social* (art. 7º, *caput*, da CF) ou, mais que isso, do contínuo progresso social ao longo do tempo. A propósito, essa notável compreensão constitucional do Direito do Trabalho levou o constituinte à inserção das normas trabalhistas nos dois primeiros Títulos da Constituição da República de 1988 (Dos Princípios Fundamentais e Dos Direitos e Garantias Fundamentais), além de fazer o *valor social do trabalho* abrir os Títulos VII (Da Ordem Econômica e Financeira) e VIII (Da Ordem Social).

No contexto do Estado Democrático de Direito, a visão pós-positivista do Direito do Trabalho provoca, outrossim, a preocupação com a efetividade dos direitos fundamentais, de modo a alçar ao ápice do sistema jurídico a pessoa humana e sua respectiva dignidade.<sup>55</sup> Diante da notável tendência de decréscimo da tutela protetiva<sup>56</sup> via propostas legislativas de flexibilização e até mesmo de desregulamentação das normas laborais<sup>57</sup>, fomentada pelo atual contexto de adversidade econômica patronal, sobressai-se a importância da vigilância de concretização dos direitos fundamentais trabalhistas, de modo a se trazer ao sistema jurídico e

336

<sup>54</sup> DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In: \_\_\_\_\_; DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 64-65.

<sup>55</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho Digno. In: \_\_\_\_\_; DELGADO, Gabriela Neves. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015. p. 48.

<sup>56</sup> O atual decréscimo de tutela social trabalhista promovido pelas flexibilizações das regras laborais tem como exemplo as discussões parlamentares acerca da ampliação da terceirização dos serviços (Projeto de Lei n.º 4330/2004), o relaxamento da proteção trabalhista em favor da concretização do mandamento constitucional de tratamento favorecido às pequenas empresas, promovido principalmente no âmbito da Lei Complementar n.º 123/2006 (vide, exemplificativamente, os artigos 51, 55 e 58 da Lei Complementar n.º 123/2006, alterada pela recente Lei Complementar n.º 147/2014), bem como, ainda, a recente discussão legislativa havida no âmbito da Medida Provisória n.º 680/2015, acerca da prevalência da negociação coletiva sobre as disposições legais em matéria trabalhista – proposta esta conhecida como “prevalência do negociado sobre o legislado”.

<sup>57</sup> Oportuno lembrar que a construção do Direito do Trabalho, como regulamentação positiva das relações de produção no modelo capitalista, representou relevantes conquistas do trabalhador frente ao poderio econômico do empregador, ante a debilidade da autonomia negocial entre partes com poderes assimétricos. Permitir que as proteções legais, representativas de um mínimo limite à imposição da força do empregador sobre o trabalhador, sejam reduzidas sob o pretexto de uma maior negociação adaptativa entre as partes, representa verdadeira alienação do progresso social e da valorização do trabalho humano. COUTINHO, Aldacy Rachid. O princípio da proteção revisitado. In: *Revista Bonijuris*, Curitiba, vol. 13, n.º 452, jul. 2001. p. 5 e ss.

às relações sociais a clarividente predileção constitucional de tutela do trabalho humano digno.

A partir de um contexto pós-positivista do Direito do Trabalho e tendo em vista a rica atenção dada pela quase trintenária Carta Cidadã de 1988 às normas trabalhistas, podemos então nos assegurar da existência de uma maturidade de organização política e jusfilosófica capaz de proteger o Direito do Trabalho contra qualquer nova investida do poder econômico. Que assim se faça pelo intérprete do Direito laboral.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tradicional concepção positivista do Direito, indiferente à interação entre o direito e o meio a que ele se aplica, mostrou-se insuficiente ao longo do tempo para sua pretensiosa ambição da pacificação social. Diante da crescente complexidade da sociedade moderna, as regras jurídicas e a atividade interventiva do Estado se multiplicavam, passando a gerar decisões circunstanciais e imprevisíveis, fazendo cair por terra o grande pilar do positivismo. A certeza das leis se esvaía em paulatina insegurança.

A nova fase da humanidade, repleta de clamores e incertezas, marcada por profundos traumas históricos decorrentes de regimes totalitários e de duas guerras mundiais, pugnava pela busca de um Direito efetivo. O Direito não mais poderia se mostrar alheio às questões morais e à realidade social, política e econômica vivenciadas intensamente no presente mundo.

As relações sociais multifacetadas, inclusive no âmbito trabalhista, exigiam um novo viés jusfilosófico, capaz de superar as limitações positivistas - notadamente a impraticável pretensão de submissão exata do fato à lei como se esta fosse capaz de contemplar universalmente todas as hipóteses de conflitos -, mas sem que se perdesse o legado positivista atinente à segurança e objetividade jurídica.

Por meio da exaltação dos valores pulsantes na sociedade, do reconhecimento de normatividade nos princípios, da compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico e da teoria dos direitos fundamentais edificados sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana, a tendência jusfilosófica pós-positivista passou a oferecer ao Direito ferramentas mais compatíveis com os complexos problemas da plural

sociedade contemporânea, mediante a harmonização do plano da legalidade com o da legitimidade, de modo a firmar os laços éticos entre o universo jurídico e a moralidade social.

Essa tendência pós-positivista acaba por se apresentar ao Direito do Trabalho como verdadeira tábua de salvação diante da crise juslaboral a partir da década de 70 no Brasil. Era a solução para o momento paradoxal em que se encontrava o Direito do Trabalho, quando o direito tutelar pugnava por tutela diante das investidas neoliberais, que imputavam aos ombros do trabalhador a culpa pela crise socioeconômica do período.

O Direito do Trabalho pós-positivista passa a exigir uma nova postura do intérprete do Direito, que, diferentemente do antigo mote positivista “interpretar para compreender”, inverte-se agora à “compreensão para interpretar”<sup>58</sup>. Impõe à toda a atividade jurídica e política do Estado e até mesmo dos particulares a compreensão de que as relações trabalhistas se inserem no contexto de centralidade das normas constitucionais.

É dizer, o paradigma pós-positivista trabalhista, ao transformar os princípios e valores do trabalho em parte integrante do núcleo constitucional irradiador de efeitos para toda a ordem jurídica, oferece especial ênfase à valorização do trabalho humano e, assim, apresenta-se como instrumento essencial para a realização do projeto constitucional de afirmação da dignidade da pessoa humana, de democratização da tutela social e de alcance da justiça social.

Diante do contexto pós-positivista e tendo em vista a rica atenção dada pela já quase trintenária Carta Cidadã de 1988 às normas trabalhistas, podemos então nos assegurar – e porque não nos vangloriar – da existência de uma maturidade de organização política e jusfilosófica capaz de proteger o Direito do Trabalho contra qualquer nova investida.

Possivelmente a repaginação do Direito do Trabalho pela visão pós-positivista não seja a única e exata solução para os grandes desafios constitucionais democráticos do século XXI; porém, certamente se mostra como um promissor caminho a se tomar, ou, no mínimo, um grande motivador do caminhar.

<sup>58</sup>STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 159.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir (org). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o Estado democrático*. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

ATIENZA, Manuel. Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, nº 2, jul./dez. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: \_\_\_\_\_. (org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-48.

DELGADO, Gabriela Neves. DELGADO, Maurício Godinho. *Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*. São Paulo: LTR, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 14ª Ed. São Paulo: LTr, 2015. \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais na relação de trabalho*. Revista de direitos e garantias fundamentais, nº 2. 2007.

DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006.

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

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de informação legislativa*, v.48, n. 189, jan./mar. 2011. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/496921>>. Acesso em 25/10/2015.



HART, Herbert Lionel Adolphus. *O Conceito de Direito*. 3ª edição. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Tradução de José Lamego. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SANCHÍS, Luis Prieto. Del mito a la decadencia de la Ley: la Ley en el estado constitucional. In: *Ley, principios, derechos*. Madrid: Dykinson, 1998. p. 5-45

340

\_\_\_\_\_. Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones. In: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. E-book. ISBN 978-85-7348-789-3. p. 53.

SARMENTO, Daniel Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social (Pós-Modernidade Constitucional?). In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Crise e desafios da Constituição: perspectivas críticas da teoria e das práticas constitucionais brasileiras*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 153-185.



STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. *Ciência política e teoria geral do estado*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Submissão: 21/01/2016  
Aceito para Publicação: 29/04/2016

341



## O TEMPO, AS VIAS RECURSAIS E A APLICAÇÃO NORMATIVA

## TIME, APPEAL AND NORMATIVE APPLICATION

Marcus Firmino Santiago da Silva\*

Paula Mendonca\*\*

**RESUMO:** Em 16 de março de 2015, promulgou-se o novo Código de Processo Civil (CPC). Trata-se de um marco no direito instrumental. Nesse cenário de câmbio normativo para o novo Código de Processo Civil, o fito deste estudo é não somente refletir a respeito do direito intertemporal, mas principalmente pensar sobre a forma como os recursos devem ser analisados pelos juristas no período de mudança para o novo código. Para alcançar essas finalidades, desenvolveu-se uma pesquisa cuja metodologia é a dogmática instrumental. No que concerne à doutrina exógena, observou-se a visão francesa, pela obra do intelectual Paul Roubier. À nível nacional, estudou-se os posicionamentos de Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier e Bruno Dantas.

**ABSTRACT:** On 16 march 2015, the new Code of Civil Procedure (CPC) was promulgated. It is a crucial milestone in procedural law. In this scenario of regulatory change, the objective of this study is to reflect on intertemporal law as well as to think about how appeals should be analysed by the legal experts in the light of the new context. In order to achieve those aims, in terms of scientific methodology, this research was developed in a dogmatic and instrumental perspective. Regarding the foreign doctrine, the French view point on the basis of Paul Roubier was observed. Concerning Brazilian doctrinators, Nelson Nery Junior, Teresa Arruda Alvim Wambier and Bruno Dantas academic works were studied.

**PALAVRAS-CHAVE:** Novo. Intertemporal. Recursos. Refletir.

**KEYWORDS:** New. Intertemporal. Appeals. Reflect..

**SUMÁRIO:** Introdução 1 O tempo e o Direito. 2 A segurança jurídica como limitação à retroatividade normativa. 3 Da aplicação da lei processual no tempo. 4 Diante da lei nova, qual é o regramento aplicável a recursos de processos pendentes? 5 O Direito transitório na perspectiva de Paul Roubier. 6 Exemplo de caminho recursal e lei aplicada equivocadamente no Brasil. Considerações Finais. Referências.

343

## INTRODUÇÃO

A mudança de regras instrumentais acarreta a necessidade de estudo, acompanhamento e aprimoramento cognitivo. Nesta seara, é mister haver uma reflexão madura dos novos institutos que se instauram, a atualização dos antigos, bem como uma subsunção normativa que respeite o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Face à importância da produção acadêmica neste tema, o artigo destaca brevemente a relação existente entre tempo, Direito e sociedade; a segurança jurídica no período transitório; as perspectivas doutrinárias de lei processual no tempo, alguns equívocos de subsunção normativa no Brasil e, principalmente, diante da lei nova, a definição do regramento aplicável a recursos de processos pendentes com base em Teresa Wambier (2000), Nelson Nery Junior (2004) e Bruno Dantas (2004).

\* Doutor em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro. Professor do curso de Mestrado em Direito das Relações sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).

\*\* Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

A divergência doutrinária entre Wambier (2000) e Nery Junior (2004) no que tange a aplicação da nova lei ao julgamento e ao procedimento recursal acarreta a necessidade de visita à obra original do processualista francês Paul Roubier (1960), que serviu de base doutrinária a ambos, visando, entre outras coisas, compreender quem, entre eles, mais se aproxima do posicionamento francês.

Para contextualizar a problemática do novo cenário, desenvolveu-se uma metodologia tradicional do Direito, qual seja, a dogmática instrumental com um marco teórico jurídico e, também, levemente, no primeiro tópico, voltado para a literatura e psicologia destacando a importância do tempo para o Direito e para o ser humano. Afinal, pensar o tecnicismo jurídico com um pouco de sensibilidade, permite-nos compreender o Direito como fenômeno social com maior amplitude e realismo.

## 1 O TEMPO E O DIREITO

Primeiro, convém desenvolver uma visão mais profunda de algo aparentemente singelo: o tempo. Isso porque o direito não é somente técnica, mas humanidade englobando, entre as diversas facetas do ser, o passar cronológico e seus efeitos.

A psicologia proporciona perspectivas interessantes acerca do tempo. Em primeiro lugar, trata-se de um conceito complexo possuidor de uma semântica ampla. Contudo, fundamental ao corpo social, já que é no tempo e com o tempo que surgem as livres possibilidades de escolha, as decisões autônomas, a responsabilidade social, a inteligência, a satisfação e a maturidade (DORSCH, 2008, p.924-925).

Parece, porém, não haver dúvida de que, na base dos ajustamentos comportamentais e das estimativas do tempo, encontra-se um ou vários mecanismos que, à maneira do relógio biológico postulado pela cronobiologia, fornecem a base de tempo de referência. É a ela que se deveria a experiência imediata da duração, à qual se sobreporiam as elaborações mais complexas, como os conceitos de tempo no nível cognitivo, que fazem uso de relações entre distância, velocidade e duração, ou entre estimativa da duração e natureza de seus conteúdos (riqueza de mudanças, atividades mais ou menos motivante, etc...) (DORON; PAROT, 2001, p.742).

Da mesma maneira que o tempo se conecta ao homem e o forma, ele também se liga ao direito, que é produto humano e acompanha a dinâmica social. François Ost captou essa simbiose na obra “O tempo do direito”, onde descreve quatro momentos de tempos normativos, são estes: memória, perdão, promessa e questionamento.

A memória engloba a ideia de que o precedente judiciário e o costume são reelaborados em função das necessidades do presente; o perdão pode acontecer quando o juiz constitucional invalida uma lei para trazer uma norma superior à prevalência; a promessa – conexas ao porvir – consiste em comprometimentos normativos e o questionamento rompe com o futuro “para que sobrevivam as promessas na hora da mudança” (VIGNOLI, 2015, p.3-5).

Dentre esses momentos, na visão do estudo que ora se desenvolve, a promessa é o mais importante deles, uma vez que, nela, o juiz vê o magistrado como um guardião das promessas aplicando uma norma prévia aos fatos históricos e, assim, manifestando o direito em observância a segurança jurídica (VIGNOLI, 2015, p. 4).

As normas de superdireito devem buscar este mesmo valor: segurança jurídica. A determinação do início e do desfecho da vigência de dispositivos processuais, a eficácia da lei nova em processos em curso ou já extintos... tudo isso exige uma garantia de estabilidade de situação e pessoa – bem como estabilidade e certeza de relações jurídicas (SILVA, 2004, p.17). Indo ao encontro desse contexto, Wambier afirma que, no direito intertemporal, não se pode surpreender o jurisdicionado.

Normalmente, a dicção do direito é a última *ratio* na busca da pacificação social. As partes recorrem ao poder judiciário para substituir sua inteligência quando, dentro de sua visão de mundo, não há alternativa. Desse modo, a tarefa do julgador é de grande responsabilidade, pois, além da lida decisória com a vida humana, tem a capacidade de mudar realidades subjetivas, sociais e políticas.

Em cenário de transição processual, deve-se pensar em como as novas ferramentas dadas pelo legislador serão usadas na consecução de tutela subjetiva. O juiz deve refletir e estudar para acompanhar a mudança de paradigma, os procuradores em juízo devem conhecer o novo *parcour* que se instaura e a comunidade, familiarizar-se com a nova cultura jurídica. Tudo para haver segurança.

## 2 A SEGURANÇA JURÍDICA COMO LIMITAÇÃO À RETROATIVIDADE NORMATIVA

Segurança jurídica: valor, por vezes incansáveis, dito, repetido, buscado e necessário à vida forense, pilar do *Rule of Law*, direito fundamental positivado no CAPUT do artigo 5º da Carta Magna e projetado no inciso XXXVI do mesmo, configura um princípio e exige que o Estado realize suas funções sem desrespeitá-lo (NOGUEIRA, 2012, p.34).

É interessante destacar a tensão existente entre segurança jurídica e justiça, pois, enquanto a primeira exige positividade aspirando imposição incondicional, a segunda está conexas à dinâmica social e tende a acompanhar as transformações em detrimento do conservadorismo (SILVA, 2004, p.16).

Como o Brasil teve poucos hiatos como Estado de direito, democrático e estável politicamente; a valorização da interpretação à luz de valores constitucionais é um fenômeno recente. Por conseguinte, sendo o processo civil direito público e regido por normas que se encontram tanto na Carta Magna quanto em legislação infraconstitucional, o respeito às disposições como o art. 5º, XXXVI, CF é indispensável (NERY, 1999, p. 19-21).

O inciso supra referido dispõe que a lei não prejudica o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. O artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, além de ir ao encontro da redação constitucional, indica as acepções de ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada<sup>1</sup>.

Por ato jurídico perfeito, entende-se “o ato já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou” (BRASIL, 2010), é um negócio fundado na lei, o negócio ou ato jurídico *stricto sensu*.

O direito adquirido possui dois elementos caracterizadores, quais sejam: ter gênese num fato idôneo e ser incorporado definitivamente no patrimônio do titular (SILVA, 2004, p.20). Trata-se de um direito subjetivo que, quando não exercido, com advento de lei nova, incorpora-se à esfera jurídica do titular, o qual o exercerá quando lhe aprouver.

A ideia de coisa julgada ou caso julgado consiste em decisão irrecorrível (BRASIL, 2010) referindo-se, por conseguinte, a coisa julgada material – uma vez que concerne a dicção jurisdicional outorgada de maneira definitiva. “Tutela-se a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que ele ingressou definitivamente no seu patrimônio” (SILVA, 2004, p.22).

<sup>1</sup> Cumpre salientar que, dentre todas as constituições brasileiras, somente na de 1937 não consta a salvaguarda ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (DANTAS, 2012, p.307).

Todos esses conceitos supra mencionados formam a limitação constitucional e infra constitucional à retroatividade normativa.

### 3 DA APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO TEMPO

Quando do surgimento de uma nova regra processual, nasce a necessidade de solucionar estes questionamentos: a lei processual nova incidirá nos processos pendentes? Em caso afirmativo, de que forma isso se desenvolverá? A partir dessas dúvidas surgiram três sistemas como potenciais respostas: o da unidade processual, o das fases processuais e o da aplicação imediata da lei processual nova.

O sistema da unidade processual encara o processo como algo único e, em decorrência disso, uma única lei lhe é aplicável. Assim, o advento de uma lei processual nova é indiferente em relação aos processos pendentes. Disso pode resultar como inconveniente o anseio social pela rápida aplicação da nova regra e a coexistência de leis instrumentais ensejando subsunções equivocadas, em caso de desatenção concernente às datas processuais (FERNANDES, 2004, p.162).

O sistema das fases processuais fragmenta o processo em fase postulatória, saneamento, probatória, decisória e recursal, sendo a regência de cada uma delas consoante à lei processual em vigor quando de seu início. Em outras palavras, a lei processual nova estenderia seus efeitos somente às fases processuais não iniciadas. Isso gera dificuldade em determinar precisamente o exato momento de efetivação do novo corpo normativo (FERNANDES, 2004, p. 163).

O CPC de 1973 adotou o sistema da aplicação imediata da lei nova no art. 1211, cuja redação é esta: “Este código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições aplicar-se-ão desde logo aos processos pendentes” (BRASIL, 1973).

Então, o novo regramento é aplicado aos processos pendentes, respeitando os atos instrumentais já praticados na vigência da norma revogada, em outras palavras, o ato processual jurídico perfeito e o direito adquirido são assegurados. Nessa senda, consolida-se o brocardo latino *tempus regit actum*<sup>2</sup>(FERNANDES, 2004, p. 163).

<sup>2</sup>A origem dessa ideia remonta a ordenança francesa de 1363 (LACERDA, 1974, p.11).



Assim, para fazer referência ao efeito imediato, na doutrina alemã, por exemplo, Friedrich Xaver Affolter (1903, p.34), refere-se a *Ausschliesslichkeit* ou exclusividade da nova lei aos fatos pendentes (*factapendentia*), tanto nas relações jurídicas já existentes, quanto nas que nascerão.

Não obstante tal fato, essa perspectiva relacionada à percepção processual como realidade dinâmica favorecida pela ideia de preclusão não é suficiente para solucionar conflitos de leis no tempo, principalmente em relação aos recursos – cujos exercício e pressupostos intrínsecos e extrínsecos carecem de análise pormenorizada.

#### **4 DIANTE DE LEI NOVA, QUAL ÉO REGRAMENTO APLICÁVEL A RECURSOS DE PROCESSOS PENDENTES?**

Conforme Dantas (2012, p.310), na seara recursal, antes de qualquer coisa, deve-se ater ao fato de que a gênese do direito de recorrer se dá com a prolação de decisão judicial. Disso resulta a importância de não confundir o momento em que o ato foi praticado com o surgimento da faculdade de praticá-lo, cuja consequência é o direito adquirido ao recurso.

O mesmo autor destaca que, mesmo em caso de vigência de lei nova, a faculdade recursal surgida sob a égide de norma antiga deve ser respeitada em relação ao pressuposto intrínseco cabimento e ao pressuposto extrínseco prazo, cujas mudanças repentinas abalariam a previsibilidade e a segurança jurídica<sup>3</sup>.

Isso por se tratar de direito adquirido processual, cuja incorporação ao patrimônio jurídico do sucumbente se deu de forma definitiva. Assim, a parte pode interpor o recurso em observância ao pressuposto intrínseco e extrínseco da lei velha. Porém, no que diz respeito ao procedimento e ao julgamento recursal, há forte divergência doutrinária, expressa em Nelson Nery Junior (2004) e Teresa Arruda Alvim Wambier (2000).

Para Teresa Wambier (2000), a lógica que deve prevalecer na aplicação normativa instrumental é a de que, num Estado de direito, aplicar retroativamente a lei é inseguro e imprevisível sendo, por isso, necessária a adesão a aceção de “direito adquirido processual” de Galeno Lacerda.

<sup>3</sup> Esse entendimento está conforme as perspectivas de Galeno Lacerda, Pontes de Miranda, Sérgio Bermudes e a jurisprudência do STJ (DANTAS, 2012, p.310).

A processualista questiona se recurso já interposto é uma situação consolidada impassível de nova incidência processual normativa. A resposta dada à indagação é: “A nosso ver, deve-se optar pela resposta que prestigie de modo mais incisivo e veemente os valores segurança e previsibilidade, que são finalidades do direito, considerado atemporalmente” (WAMBIER, 2000, p.487).

Por conseguinte, na esfera recursal, a aplicação da nova lei se dará somente em relação aos processos que se tornarem recorríveis em sua vigência. “Assim, se a lei nova passa a vigorar, tendo sido já prolatada a decisão, ainda em curso o prazo para a interposição do recurso, este deve ser interposto no **antigo regime**. O recurso segue o regime da lei vigente à época da prolação da decisão” (WAMBIER, 2000, p.487).

A autora ainda sustenta esse entendimento com base no princípio da legalidade e na ideia de haver expectativa de direito do recorrente de ver o recurso julgado consoante à lei vigente à época da interposição. Ademais, a mudança de procedimento poderia extinguir o interesse de agir do sucumbente (WAMBIER, 2000, p.487).

Autores, cujos posicionamentos inspiram o de Teresa Arruda Alvim Wambier são Galeno Lacerda e Paul Roubier. Eles entendem que as consequências de direitos adquiridos são protegidas e devem ser inalteradas pela garantia de irretroatividade de lei nova.

O primeiro (LACERDA, 1974, p.13), ao considerar a existência de direitos adquiridos processuais, afirma que a lei nova não pode mudar situações processuais já constituídas, ou mesmo extintas por lei velha. Daí se conclui que, para ele, o direito adquirido ao recurso não é passível de mudança em direito intertemporal.

Paul Roubier(1960,p.109-110) afirma expressamente que as leis concernentes a aquisição de direitos não devem ser retroativas e que a base dessa regra de vedação à retroatividade tem razões de segurança e confiança. Então, a irretroatividade se impõe tanto às consequências produzidas pelo fato aquisitivo antes da lei nova, quanto às consequências produzidas pelo mesmo fato aquisitivo depois do advento de nova regra<sup>4</sup>.

Mais especificamente em relação aos recursos “se conhece a lição de Roubier que, citando outros autores, afirma que “a lei do recurso é a lei do dia da sentença”. Com isto quer significar que **o recurso interposto há de se submeter à lei vigente ao tempo em que a**

<sup>4</sup>“Les lois qui concernent l’acquisition des droits ne doivent point être rétroactives: il y a, à la base de la règle de non-rétroactivité, des raisons de sécurité et de confiance décisives. La non-rétroactivité s’impose, soit en ce qui concerne les conséquences produites par le fait acquisitif avant la loi nouvelle... soit même en ce qui concerne les conséquences produites par le fait acquisitif après la loi nouvelle [...]” (ROUBIER, 1960, p.109-110).

decisão tenha sido prolatada e se tenha tornado recorrível” (WAMBIER, 2000, p.488, grifo nosso).

Apesar de Nery Junior (2004) entender que a lei processual rege sempre para o futuro observando o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, bem como que os atos processuais praticados sobre a égide de lei velha são processualmente perfeitos; quanto à aplicação normativa, apresenta um posicionamento doutrinário muito diferente do supra descrito.

Ele é favorável à diferenciação destas datas: a que o julgamento é proferido e a da efetiva interposição recursal. Aquela determinaria o cabimento do recurso e essa, a regulação do procedimento. Assim, “fala-se, portanto, não em retroatividade quanto ao recurso que já fora efetivamente interposto sob o regime da lei antiga, mas em *ultratividade* ou *sobre vigência* da lei anterior” (NERY JUNIOR, 2004, p.470).

Interessante o fato de que, assim como Wambier (2000) fez, Nery Junior (2004, p.471) afirma que o entendimento dele está pautado em Paul Roubier, deste modo:

Mencionando a questão existente na doutrina e na jurisprudência, de que a lei que regula o recurso é a vigente na data da sentença, Roubier faz distinção entre a admissibilidade e o processamento do recurso. Diz que a admissibilidade tem de ser a do dia do julgamento impugnável, mas o *processamento do recurso* é regido pela lei existente no *dia da interposição* do mesmo recurso.

Após o estudo da dicotomia existente entre o pensamento de Teresa Arruda Alvim Wambier (2000) e Nelson Nery Junior (2004), tornou-se importante uma compreensão mais aprofundada acerca do posicionamento doutrinário de Paul Roubier – expoente em direito intertemporal – já que ambos renomados processualistas pautaram entendimentos tão diversos na mesma obra despertando a curiosidade de seus leitores.

## 5 O DIREITO TRANSITÓRIO NA PERSPECTIVA DE PAUL ROUBIER

Em matéria de direito transitório Paul Roubier (1960) é expoente. Na obra *Le Droit Transitoire: Conflits des lois dans le temps*<sup>5</sup>, o autor fez um estudo completo do Direito Intertemporal englobando aspectos históricos, o objeto do direito transitório, sua semelhança com o direito internacional e regras de procedimento. Esse tópico visa mencionar brevemente algumas das considerações do autor.

<sup>5</sup> O Direito Transitório: conflitos de leis no tempo (tradução nossa).

O livro destaca que existe uma tipologia dual de conflito normativo: no espaço e no tempo, sendo o primeiro mais comum e objeto do direito internacional. Ademais, salienta que a ciência de conflito temporal de leis não conquistou sua autonomia e não virou uma disciplina distinta permanecendo confundida com o ensino de princípios gerais de direito civil<sup>6</sup>.

Além disso, menciona-se a analogia existente entre direito internacional privado e direito transitório, introduzida no século XIX por Weber, professor em Rostock, e pelo juiz de Amsterdam, escritor, J.D.Mayer. A base teórica disso pode ser resumida desta maneira:

A aplicação da lei é limitada no tempo porque o Estado não pode ignorar o valor das referências jurídicas que se formam sob a proteção e no tempo da lei antiga; ela é limitada no espaço porque o Estado não pode ignorar o valor dos registros jurídicos formados na proteção da lei estrangeira (ROUBIER, 1960, p. 6-7, tradução nossa)<sup>7</sup>.

No que tange à questão recursal, Roubier (1960) trata especificamente da temática no capítulo VII de sua obra, intitulado *Lois de procédure*<sup>8</sup>, no tópico 105 (*Jugement et voies de recours*<sup>9</sup>), o qual pode ser traduzido desta forma:

105. Julgamento e vias recursais. – **I. A lei que regulamenta as formas e os efeitos do julgamento é a do dia do julgamento:** não poderia ser uma lei anterior, e seria equivocado que a gente quisesse falar aqui de contrato, ou de quase contrato, judiciário, intervenção das partes num certo momento do procedimento; isso não pode ser também uma lei posterior, porque, apesar de o julgamento exprimir a atividade do juiz, essa atividade encontra o seu termo precisamente nesse ato, e não será mais verdade que o julgamento finaliza o litígio se uma nova lei puder, *ex post facto*, determinar condições ou efeitos.

Citemos, dentre os efeitos da sentença, a hipoteca judicial, a qual depende da lei em vigor no dia do julgamento, independente de qual tenha sido a lei em vigor quando nasceu o direito reconhecido pelo julgado. Citemos novamente a autoridade concedida à coisa julgada: em que medida essa autoridade existe? Ela é absoluta ou relativa? É isso o que dirá a lei do dia que o julgamento é proferido.

**Quanto à força executiva da sentença, ela deriva igualmente da lei em vigor no dia em que ela foi prolatada;** todavia, pode ser que ela se encontre paralisada por certas circunstâncias, que tornam necessário um *exequatur*, e esse é o caso dos julgamentos estrangeiros. Qual é então a lei competente para regulamentar o

<sup>6</sup> “[...] cela tient certainement à ce que l’science de conflits de lois dans le temps n’a pas conquis son autonomie, n’est pas devenue une discipline distincte; elle est restée jusqu’ici confondue avec l’enseignement des principes généraux du droit civil...” (ROUBIER, 1960, p.4)

<sup>7</sup> “[...] l’application de la loi est limitée dans le temps, parce que l’État ne peut pas méconnaître la valeur des rapports juridiques que se sont formés sous la protection au temps de la loi ancienne; elle est limitée dans l’espace parce que l’État ne peut pas méconnaître la valeur des rapports juridiques que se sont formés sous la protection de la loi étrangère” (ROUBIER, 1960, p.7).

<sup>8</sup> Leis de procedimento (tradução nossa).

<sup>9</sup> Julgamento e vias recursais (tradução nossa).

*exequatur*, aquela em vigor na prolação do julgamento, ou aquela em vigor na data em que a gente busca a execução? Parece-nos que a resposta não pode ser duvidosa: as regras relativas a esse *exequatur* são definidas pela última lei; em outros termos, o *exequatur* deve ser considerado como um ato de execução distinto do julgamento em si mesmo; não se trata do efeito de saber em quais condições o julgamento foi executado na França no momento de sua prolação, mas em que condições ele é executado na França no momento em que se busca a execução.

**II. A regra segundo a qual a lei do dia do julgamento é competente para definir os efeitos da sentença tem também por consequência que essa lei deve definir o caráter do julgamento bem como as vias recursais a ele suscetíveis.** Em efeito, a admissibilidade de uma via recursal constitui uma verdadeira qualidade inerente a sentença em si; por exemplo, essa sentença será em última alçada, ou dela caberá apelação; ela será contraditória, ou comportará oposição, etc. **Disso resulta que as vias recursais não podem ser definidas por lei que não a em vigor no dia do julgamento:** nenhuma nova via recursal pode resultar de uma lei posterior, e inversamente nenhuma via recursal existente contra um julgamento poderá ser suprimida sem retroatividade por uma lei posterior. Se isso é indiscutível para as vias recursais como a apelação, a oposição, a interposição recursal para cassação, a reclamação civil, as quais se localizam na moldura da sentença e intervêm entre partes no processo, nós cremos que é no entanto de outra maneira, seja pela oposição de terceiro concernente aos direitos de pessoas alheias ao processo diante da sentença e coloca em jogo outros princípios, seja pela *prise à partie*<sup>10</sup> que constitui um procedimento distinto dos efeitos da sentença; essas vias recursais permanecem submetidas a regra de efeito imediato das leis novas.

Não se trata mais da admissibilidade de uma via recursal, mas do **procedimento do recurso**, então não pode ser incerto que o mesmo regime aplicado a esse procedimento o seja em relação a todos os outros, qual seja, o do efeito imediato das leis sucessivas. **Não há nenhuma razão para que a lei do dia da sentença atacada se mantenha competente;** essa é a solução que a jurisprudência tem admitido em geral, no que concerne as formas do recurso: por exemplo, **as formalidades do ato de apelação serão reguladas pela lei do dia do ato.**

No entanto, a **jurisprudência adotou uma posição** contrária no que concerne aos prazos dados para os recursos; **a nova lei não pode modificar um prazo já iniciado**, nem para alonga-lo, nem para encurtá-lo; a razão dada é que **as partes teriam um direito adquirido**, tanto à deliberar durante todo o prazo, quanto a que essa deliberação não pudesse durar além do prazo; esse direito adquirido existiria **do dia em que a sentença foi prolatada**. Essa opinião, entretanto, nos parece das mais discutíveis, e nós não vemos nenhuma razão para que não se aplique aos prazos dos recursos o mesmo sistema que em matéria de prazo prescricional e de prazos em geral, em outras palavras, o efeito imediato das leis novas, dentro das condições que foram expostas *supra*. Mas, por outro lado, deve-se reconhecer que, os prazos de vias recursais sendo bastante breves, a sobrevivência da lei velha não tem aqui os inconvenientes que revelamos em se tratando da prescrição e do artigo 2281 do código Civil (ROUBIER, 1960, p.563-565, tradução nossa, grifo nosso).

Diante da tradução do posicionamento de Paul Roubier (1960) à partir da obra original, em relação à dicotomia existente entre Teresa Arruda Alvim Wambier (2000) e Nelson Nery Junior (2004), apesar de o autor francês servir de inspiração doutrinária e base argumentativa a ambos processualistas, resta clara a maior conformidade de posicionamento

<sup>10</sup> Expressão que remete à ideia de agregar uma parte ao processo judicial, trazer uma parte.

em relação a perspectiva de Nelson Nery Junior. Wambier parece ter sido inspirada mormente pela ideia de direito adquirido processual.

Assim, o posicionamento de Paul Roubier (1960) pode ser resumido desta maneira: a lei vigente na data do julgamento determina suas formas, efeitos e suas vias impugnativas; no que concerne ao procedimento recursal, esse é determinado pela lei vigente a data da interposição do recurso. Quanto aos prazos, a jurisprudência francesa asseverou a existência de direito adquirido concernente aos prazos recursais.

## 6 EXEMPLO DE CAMINHO RECURSAL E LEI APLICADA EQUIVOCADAMENTE NO BRASIL.

Dantas (2012, p.311) demonstra equívoco legislativo no Brasil a partir do artigo 4º da Lei 11.418 de 2006, o qual dispõe deste modo: “Aplica-se esta Lei aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência”. A interpretação na acepção literal teria o potencial de gerar problemas.

Cabe destacar primeiramente que a lei trata concomitantemente do pressuposto repercussão geral em recurso extraordinário e explica seu procedimento no tribunal de origem e no supremo. A nova regra acrescentou os artigos 543-A e 543-B ao Código de Processo Civil de 73. Logo, há tanto pressuposto recursal quanto regras procedimentais.

Dantas (2012, p. 312) critica a literalidade do artigo salientando potenciais situações esdrúxulas como, por exemplo:

A de um recorrente adesivo que seria obrigado a demonstrar a repercussão das questões constitucionais discutidas no seu recurso, ao passo que o recorrente principal – por ter interposto seu RE antes do início da vigência da lei – estaria dispensado da demonstração do pressuposto.

O autor ilustra ainda um caso de sucumbência recíproca, onde um dos recorrentes de má-fé, para se esquivar da demonstração do novo pressuposto recursal, antecipar-se-ia na interposição do novo recurso. Por conseguinte, entendeu-se que a melhor doutrina seria a que a repercussão geral somente poderia ser exigida de recursos interpostos em face de decisões proferidas na vigência da lei nova (DANTAS, 2012, p.312).

Fato. Assim nenhum dos polos da demanda é surpreendido, respeita-se a segurança tutelada num Estado Democrático de Direito e, ainda, quanto aos pressupostos de

admissibilidade recursais, atende-se concomitantemente a visão de Paul Roubier (1960), Teresa Arruda Alvim Wambier(2000)e Nelson Nery Junior (2004).

Porém, a Suprema Corte brasileira optou por solução muito diversa do que é conforme as doutrinas de direito intertemporal apresentadas. O posicionamento que prevaleceu foi o de que toda lei que precisasse de regulamentação no regimento interno do STF era ineficaz. Poucos dispositivos da lei 11.418 precisariam de regulamentação para ter eficácia plena, dentre eles, o artigo 543-A, parágrafo 2º, que exige a demonstração da repercussão geral (DANTAS, 2012, p.313).

O artigo 543-A, parágrafo 2º, introduzido pela lei 11.418 trata de pressuposto recursal. Por isso, essa regra deveria ser aplicável a todos os processos – cujas decisões fossem proferidas à partir da vigência normativa. Isso é unânime entre os autores tratados neste artigo. A potencial controvérsia estaria no artigo 543-B – cuja temática é estritamente procedimental.

Paul Roubier (1960), Bruno Dantas (2012) e Nelson Nery Junior (2004) entendem de modo expresso que o procedimento deve estar consoante a lei vigente à data de interposição recursal. Contudo, ao apreciar a questão de ordem, determinou que o regime de “retenção – sobrestamento – retratação” possui eficácia retroativa (DANTAS, 2012, p.315).

354

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Regina GayaSicilia (1987, p. 23) afirma que, para melhor compreender a noção de retroatividade, deve-se entender o que é a vigência formal e a vigência material da lei. A primeira compreende o lapso de tempo transcorrido entre a publicação e a derrogação da norma. A segunda está conexas a eficácia da lei, seja por projetar seus efeitos a uma data anterior ou posterior a sua publicação, seja por prolongá-los no tempo mesmo depois de haver sido derrogada.

A visão da autora é relevante no sentido de expressar claramente as possibilidades temporais da norma: a atividade estrita da lei quando vigência formal e material forem correspondentes, ultra atividade quando a lei derrogada regular os efeitos de fatos produzidos durante sua vigência formal acarretando o prolongamento da vigência material e a retroatividade, essa polissêmica.

Para alguns, retroatividade é antecipar a vigência material da norma em relação à sua vigência formal, a norma atuaria, assim, desde o passado. Outros pensam que o termo retroatividade englobaria os efeitos normativos futuros sobre eventos passados na medida em que houvesse alteração em fatos, situações e efeitos jurídicos anteriormente adquiridos (SICILIA, 1987, p.24).

Contudo, independentemente do ponto de vista adotado, a aflição é semelhante nesta semântica:

Mas na medida em que o tempo é unidirecional e irreversível, fluindo do passado ao presente e desde este até o futuro, fica difícil admitir que uma norma possa projetar seus efeitos num passado que já não existe e que, por isso, torna-se imodificável (SICILIA, 1987, p.24, tradução nossa)<sup>11</sup>.

Disto trata o direito intertemporal: de trazer previsibilidade e segurança em contextos, à primeira vista, incertos. Trata de determinar o que seria o direito adquirido processual de caráter imutável para que os cidadãos e seus procuradores em juízo não se surpreendam diante da *juris dicci*o magistrado. Em suma, é segurança social e garantia da existência de um Estado democrático de direito, pela determinação do “passado que já não” pode existir e mudar.

Em vias de recurso, por exemplo, apesar de haver divergências doutrinárias, busca-se delimitar o que é o direito adquirido processual da parte e até onde a lei nova pode intervir na impugnação de processos pendentes.

Enquanto Paul Roubier (1960), Bruno Dantas (2012) e Nelson Nery Junior (2004) entendem não só que a data da prolação da sentença determina a lei aplicável à via impugnativa adequada com seus respectivos pressupostos, mas também que o procedimento a ser adotado na senda recursal é definido pela lei da data da prática do ato processual; Teresa Arruda Alvim Wambier (2000) assevera que tudo deve estar conforme a lei da data da prolação da sentença para a não surpresa do jurisdicionado.

Apesar da divergência procedimental, nota-se que cada autor busca a seu modo expressar o que a seu ver garantiria maior coesão e coerência ao sistema normativo. Contudo, mesmo após aprofundar o entendimento acerca do posicionamento de cada um deles, o

<sup>11</sup> “Pero, en la medida en que El tiempo es uni direccional e irreversible, fluyendo Del pasado al presente y desde este hacia el futuro, resulta difícil admitir que una norma pueda proyectar sus efectos sobre un pasado que ya no es y que, por lomismo resulta inmodificable” (SICILIA, 1987, p.24).



desfecho deste estudo não é capaz de trazer ou mesmo determinar o que, em matéria de recursos, seria a melhor solução do porvir brasileiro, tampouco tem a pretensão de fazê-lo.

Caso o posicionamento de Teresa Wambier (2000) seja adotado, os pressupostos de admissibilidade e os procedimentos recursais estarão em unicidade normativa mantendo-se, a depender da data de prolação decisória, indiferentes ao novo código processual. Isso geraria tanto o anseio social pela aplicação da nova regra, quanto a coexistência esdrúxula de subsunções diversas em contextos semelhantes.

Porém, a adoção do posicionamento do francês Paul Roubier (1960) no Brasil diante da hodierna mudança de paradigma processual também não é perfeita. Afinal, não obstante respeitar o direito adquirido processual a determinada via impugnativa, pelo fato de a data da interposição do recurso determinar o procedimento a ser adotado, também é esdrúxulo pensar em contextos de recurso adesivo ou sucumbência recíproca envolvendo procedimentos diversos.

O único fito passível de lograr êxito no momento deste artigo é a definição do Estado da arte deste tema: Direito intertemporal/ transitório ou *Droit Transitoire*. Do advento do novo códex processual civil ainda não transcorreu tempo suficiente para gerar categorias teóricas fixas e concretas. Não obstante tal fato, almeja-se a inquietação da comunidade acadêmica sobre o tema tratado, para que a dialética e o aprimoramento se estabeleçam.

356

## REFERÊNCIAS

AFFOLTER, Friedrich Xaver. *System des deutschen bürgerlichen Übergangsrechts*. Leipzig: Veit, 1903.

BRASIL. *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*. 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm)>. Acesso em: 23 jul. 2015.

BRASIL. *Lei 11.418 de 19 de dezembro de 2006*. Acrescenta à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, dispositivos que regulamentam o § 3º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111418.htm)>. Acesso em: 8 ago. 2015.

BRASIL. *Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 5 abr. 2016.

DANTAS, Bruno. *Repercussão geral: perspectivas histórica, dogmática e de direito comparado: questões processuais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DORON, Roland; PAROT, Françoise. *Dicionário de Psicologia*. São Paulo: editora ática, 2001.

DORSCH, Friedrich; HÄCKER, Hartmut; STAPF, Kurt-Hermann. *Dorsch Psychologisches Wörterbuch*. Petrópolis: editora vozes, 2008.

FERNANDES, Sérgio Ricardo de Arruda. *Questões importantes de processo civil: teoria geral do processo*. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

LACERDA, Galeno. *O novo Direito Processual Civil e os feitos pendentes*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson. *Teoria Geral dos Recursos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NOGUEIRA, André Murilo Parente; STROPPA, Tatiana. Segurança jurídica e o processo civil brasileiro: uma trilha ao *Common Law*? *Revista Dialética de Direito Processual*. São Paulo, n.111, p.33-44, jun. 2012.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes (Coord.). *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada: estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROUBIER, Paul. *Le Droit Transitoire: conflits des lois dans Le temps*. Lyon: Dalloz et Sirey, 1960.

SICILIA, Regina Gaya. *El principio de irretroactividad de Las leyes em La jurisprudencia constitucional*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 1987.

SILVA, José Afonso da. Constituição e segurança jurídica. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.6, n.59, p.15-30, jan. 2006.

VIGNOLI, Eduardo Torres. *A obra “o tempo do direito”, François Ost: um diálogo entre o tempo e o direito*. Disponível em:  
<<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/300407.pdf>>. Acesso em: 9 jul.2015.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Submissão: 31/01/2016  
Aceito para Publicação: 03/06/2016

358



## A CRISE DA DEMOCRACIA REPRESENTATIVA NO BRASIL

## THE CRISIS OF REPRESENTATIVE DEMOCRACY IN BRAZIL

Marlon Silvestre Kierecz\*

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar os principais fundamentos da crise da democracia representativa no Brasil. Para tanto, foram analisados os seguintes aspectos da realidade nacional: o conflito existente entre o interesse público e o particular na condução política do Estado, a perda parcial do aspecto abstrato da lei e o desconhecimento, indeterminação e descrédito do Direito.

**ABSTRACT:** This article aims to analyze the main foundations of representative democracy crisis in Brazil. To this end, the following aspects of the national reality were analyzed: the conflict between the public and particular interest in the state's political leadership, the partial loss of the abstract aspect of the written law and the ignorance, uncertainty and distrust of law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Democracia Representativa. Crise. Interesse Público. Interesse Particular. Direito. Cidadania.

**KEYWORDS:** Representative Democracy. Crisis. Public interest. Particular interest. Law. Citizenship.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Concepção Antiga de Cidadania e Democracia. 2 O Sistema Representativo e a Democracia Contemporânea. 3 Conflito entre Interesse Público e Interesse Particular. 4 Perda da Generalidade da Lei. 5 Complexidade, Indeterminação e Descrédito do Direito. 6 A Questão da Formação para a Cidadania. Considerações Finais. Referências.

360

## INTRODUÇÃO

Embora atualmente exista um grande destaque para a crise política que assola o país, ela não é um fenômeno recente, pois ela sempre esteve presente, de uma forma ou de outra, na realidade nacional.

Com a abertura política e a redemocratização do país, consubstanciada na Constituição de 1988, criou-se grande expectativa de que a cidadania ganharia novos contornos e que a vontade da população se faria representar de fato na vontade do Estado.

Em parte esta expectativa foi atendida, pois são inegáveis as conquistas e a efetivação de vários direitos fundamentais, inclusive, o fim da repressão política e o direito ao voto livre para escolha da classe política. No entanto, em que pese os representantes políticos sejam eleitos pela vontade popular, o cenário nacional deixa claro que o interesse público nem sempre tem prevalecido, da mesma forma, aumentam os movimentos e opiniões que argumentam contra a democracia e exaltam o período da ditadura militar.

A falta de conexão entre o interesse de quem vota e o interesse daquele que é eleito, bem como suas atitudes no exercício do mandato, é o principal fundamento da crise da

\* Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, Santa Catarina. Especialista em Direito Tributário pela Universidade do Sul de Santa Catarina. Professor do Instituto Federal do Paraná, campus Palmas.

democracia representativa que assola vários países no mundo. Esta breve explanação é dirigida ao aspecto brasileiro e tem como objetivo apontar alguns dos principais argumentos que compõe a crise da democracia representativa no Brasil, fazendo-se também um paralelo com as antigas concepções de cidadania e democracia e quais lições elas podem fornecer para a compreensão dos problemas contemporâneos.

## 1 CONCEPÇÃO ANTIGA DE CIDADANIA E DEMOCRACIA

A história demonstra que o reconhecimento de direitos para todos ou para os Cidadãos reside num aspecto central: a limitação do poder político, no qual o Estado, ou a “máquina administrativa” deve ser utilizada em prol de todos e não em benefício pessoal dos governantes. Os direitos nascem em razão da condição humana e não pela concessão de alguém ou de um governante.<sup>1</sup>

Na Grécia Antiga o exercício da Cidadania tinha contornos também bastante peculiares, diferentes de nossos tempos. Para o Grego, pertencer a uma cidade, uma *pólis*, tinha uma acepção similar ao de pertencer a uma família, a de carregar seu próprio nome e o nome de seu pai. O homem Grego, em sua formação completa, era reflexo da cidade a que pertencia.<sup>2</sup> No tempo presente, a própria ideia de pertencer a uma cidade ou a naturalidade de uma pessoa não se constituem em informações suficientes para designar, com certa segurança, qualquer característica de uma pessoa.

Não bastasse tal identificação, a visão do Cidadão sobre a lei que regia a cidade, não era diferente da lei ou dos valores que regiam sua vida. A lei invadia seu arbítrio e dedicava capítulos específicos sobre suas decisões e sobre aquilo que ele era. Ser parte de uma cidade era também ser a própria cidade, pois ela representava um ideal de vida e de valores a se seguir. O homem não poderia ser digno se a cidade ou o Estado também não o fosse.<sup>3</sup>

São elucidativas as palavras de Hanna Arendt sobre a definição da *Pólis*, que não significa o espaço físico ocupado pela cidade, mas sim o que de fato ela é, das pessoas que a compõe, onde quer que estejam:

<sup>1</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

<sup>2</sup> JAEGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 141-142.

<sup>3</sup> JAEGER, Werner. *op. cit.*, p. 143.

A rigor, a *polis* não é a cidade-estado em sua localização física; é a organização da comunidade que resulta do agir e falar em conjunto, e o seu verdadeiro espaço situa-se entre as pessoas que vivem juntas com tal propósito, não importa onde estejam. «Onde quer que vás, serás uma *polis*»: estas famosas palavras não só vieram a ser a senha da colonização grega, mas exprimiam a convicção de que a ação e o discurso criam entre as partes um espaço capaz de situar-se adequadamente em qualquer tempo e lugar. Trata-se do espaço da aparência, no mais amplo sentido da palavra, ou seja, o espaço no qual eu apareço aos outros e os outros a mim; onde os homens assumem uma aparência explícita, ao invés de se contentar em existir meramente como coisas vivas ou inanimadas.<sup>4</sup>

Não por menos Aristóteles define o Cidadão como aquele que manda e obedece ao mesmo tempo conformando sua vida às regras da virtude<sup>5</sup> e que, a felicidade do indivíduo é mesma que a felicidade do Estado.<sup>6</sup>

Percebe-se, portanto, que na Cidade-Estado antiga ser Cidadão era algo muito além da atual compreensão de seu significado atrelado ao exercício de direitos frente ao Estado. Ser Cidadão na antiguidade significava ter muitos deveres e alguns direitos. A Cidadania atrelava todos os destinos do homem para com a cidade, incluindo, inclusive, sua própria religião. As cidades exigiam a presença de todos os Cidadãos nas festas dos Cultos da cidade. Em Roma, os direitos políticos somente poderiam ser exercidos se o sujeito assistisse à cerimônia santa da lustração (fazer parte da oração e participar no sacrifício). Quem não assistisse somente poderia exercer os direitos políticos se participasse da próxima cerimônia.<sup>7</sup>

É de se destacar, sobre uma peculiar limitação do poder, a cidade de Atenas. Durante os anos de 501 a 338 a.C os governantes desta Cidade-Estado gozavam de poderes bastante limitados, tanto pelas leis, quanto pela Cidadania ativa de seu povo. Era o povo quem elegia os governantes e quem tomava decisões importantes por meio da Assembleia (*Ekklesia*), como a celebração da paz e a edição de novas leis. O poder executivo era fraco e sujeito a confirmação periódica por um Conselho (Bulê). Os juízes eram designados por sorteio e sempre se podia recorrer de uma sentença para um tribunal popular (*epheisis*). Os governantes eram obrigados a prestar contas quando deixavam seus cargos e, de maneira ainda mais surpreendente, todo Cidadão podia se opor, na assembleia, a uma mudança da lei que violasse

<sup>4</sup> ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 211.

<sup>5</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995, p. 112.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES. *op. cit.*, p. 131.

<sup>7</sup> COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 210-211.

a lei maior da cidade, uma espécie de Constituição a que chamavam de *politeia*.<sup>8</sup>

Em verdade, a realidade grega na antiguidade e a democracia direta de Atenas podem passar a impressão de um ambiente ou espaço público voltado à ideia de democracia e do exercício de direitos por parte dos Cidadãos, de maneira semelhante aos moldes e valores modernos. No entanto, o reconhecimento de direitos e valores, tal qual se conhece hoje, não tem semelhança com àquela época. Inclusive, como exemplo, nas obras de Aristóteles, o reconhecimento da escravidão era tido como natural e comum na sociedade, pois segundo ele “a utilidade dos escravos é mais ou menos a mesma dos animais domésticos: ajudam-nos com sua força física em nossas necessidades quotidianas”<sup>9</sup>, assim como a submissão das mulheres, afinal, para ele “os animais são machos e fêmeas. O macho é mais perfeito, e governa; a fêmea o é menos, e obedece. A mesma lei se aplica naturalmente a todos os homens”.<sup>10</sup>

Fustel de Coulanges sustenta que o homem antigo não conheceu a liberdade individual e sequer tinha a mínima noção do seu real significado. Aos direitos políticos como o de votar e ser votado, ocupar cargos, ser magistrado, isso chamavam de liberdade. A Cidade-Estado era constituída como uma Igreja, sendo absolutamente onipotente. A religião deu origem ao Estado e o Estado a mantinha. O corpo do Cidadão pertencia ao Estado e este era usado para a defesa da cidade. Em Roma o serviço militar era obrigatório até os 46 anos de idade e em Atenas e Esparta por toda vida.<sup>11</sup>

A democracia na antiguidade, notadamente em Atenas, como visto, era exercida apenas por quem era considerado Cidadão e do século masculino, porém, a inexistência do sufrágio não retira os méritos da democracia grega. Embora mulheres, escravos e estrangeiros não pudessem participar politicamente dos destinos da cidade, Arnaldo Miglino faz importante alerta, usando-se de dados estatísticos da obra de Umberto Cerroni:

No entanto, ainda temos de reconhecer que a escravatura, subjugação das mulheres e dos estrangeiros são fenômenos reconhecidos não só na Antiguidade, mas ainda muito presentes na nossa época, e que só após a Primeira Guerra Mundial começou o processo de expansão do sufrágio. Até então, em apenas quatro nações da Terra (Noruega, Finlândia, Austrália, Nova Zelândia) mulheres e homens de qualquer renda podiam exprimir suas vontades políticas com o voto. Mesmo a escravatura, legalmente presente nos Estados Unidos da América até o fim do século XIX, ainda

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 55-56.

<sup>9</sup> ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995, p. 19.

<sup>10</sup> ARISTÓTELES. *op. cit.*, p. 18.

<sup>11</sup> COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 246-250.



faz parte do nosso mundo.<sup>12</sup>

É de se frisar também os surpreendentes aspectos da participação direta do povo na democracia ateniense e no invejável esforço em impedir a concentração de poder e a formação de privilégios em razão da posição social, da riqueza ou de nobreza. Todo Cidadão tinha o direito do uso da palavra, isto é, de participar e de ser ouvido na Assembleia. Após, todo Cidadão tinha o direito de voto, fosse pobre ou rico, o voto de cada um tinha o mesmo valor e as questões eram aprovadas por maioria. Vencia a tese daquele que conseguia convencer os demais e não pela influência de um estamento político, poder econômico ou coisa semelhante.<sup>13</sup>

Até mesmo os lugares que cada um ocupava na *Bulé* eram sorteados, de maneira a evitar a formação de grupos ou alimentar a influência de um sobre os outros. As discussões eram sempre em locais públicos para todos ouvirem e debaterem, de maneira que a informação fosse sempre pública. Não se tomavam decisões em locais fechados (como num castelo, palácio ou gabinete), por um grupo reduzido de pessoas ou por uma única pessoa. Todas as decisões e atos eram publicados, escritos em pedra, e todos tinham acesso. Os arquivos públicos não eram confiados a um grupo de pessoas especiais, mas a pessoas com mandados curtos e constantemente alternados. As funções públicas eram exercidas por sorteio e também eram constantemente alternadas. Não existia a ocupação de cargos como que por um apoderamento pessoal, como ocorre no Brasil. Todos tinham o dever de participar da vontade da cidade. As decisões tomadas eram de acordo com a vontade do povo e não a de algum particular.<sup>14</sup>

Incutir a noção do dever individual dos membros da sociedade em prol da cidade tem importante papel na garantia da segurança, organização e homogeneidade política e até mesmo filosófica do corpo social, no entanto, representa sérias dificuldades para o desenvolvimento do conceito de liberdade individual, livre-arbítrio e personalidade que se concebe hoje. O incentivo a participação na gestão da cidade em Atenas não tem precedentes, pois mesmo as grandes diferenças econômicas, sociais e até mesmo físicas não eram barreira para o exercício do dever cívico. Um sistema de liturgias existia para buscar garantir a igualdade de todos e a participação popular. Portadores de deficiência física, órfãos e pessoas

<sup>12</sup> MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 51.

<sup>13</sup> MIGLINO, Arnaldo. *op. cit.*, p. 43.

<sup>14</sup> MIGLINO, Arnaldo. *op. cit.*, p. 44-46.

em desvantagem econômica recebiam auxílio dos cofres públicos, até mesmo para pagar um médico. Até o lazer era remunerado, como a ida a teatros, escolas e a participação em instituições públicas. A participação era direta e não havia intermediários, fatos sem precedentes na atualidade.<sup>15</sup>

A Solidariedade era dever entre os Cidadãos, mas não uma política de Estado, tendo em vista que não existia Estado como se conhece atualmente, “na língua oficial da época não é dito “Atenas”, mas “os atenienses”; “o povo”, “cidade dos atenienses”, de modo que, não fazia qualquer sentido a consideração do Estado como um ente abstrato separado das pessoas.<sup>16</sup>

Em tempos modernos, o exercício da democracia é bastante diferente, sobretudo pelo fato de que os Estados não se reduzem a uma única cidade e, no caso do Brasil, uma população de mais de 200 milhões impede que decisões de cunho nacional sejam tomadas da mesma forma como em Atenas.

365

## 2 O SISTEMA REPRESENTATIVO E A DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA

Como visto acima vigorava na Grécia um sistema de democracia direta, em que a regra não era a representação popular por meio de um pequeno grupo eleito, como hoje prevalece nos sistemas democráticos.

O sistema de eleição de representantes tem profunda ligação com o tamanho territorial e da população das unidades políticas. Quanto maior e mais complexa a organização estrutural política de uma nação, mais difícil é a implementação de uma democracia direta, como na Atenas antiga, e, sendo assim, para que todos os cidadãos possam, de alguma forma, participar da composição do governo, a eleição de representantes para as Assembleias se torna algo inevitável e talvez a melhor forma de viabilizar a participação popular.<sup>17</sup>

Os representantes eleitos, por sua vez, tem total independência de como votar e expressar suas opiniões no parlamento, não estando vinculado as opiniões de seus próprios eleitores. Bernard Manin, no entanto, destaca que desde o final século XVIII, quando os sistemas representativos começaram a ser implementados, até atualmente, nenhum país

<sup>15</sup> MIGLINO, Arnaldo. *op. cit.*, p. 49.

<sup>16</sup> MIGLINO, Arnaldo. *op. cit.*, p. 48.

<sup>17</sup> DAHL, Robert A. *La Igualdad Política*. Tradução de Liliana Andrade Llanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 71-72.

instituiu um sistema em que os representantes teriam a obrigação legal de seguir as orientações dadas por seus eleitores, nem a possibilidade destes revogarem o mandato do parlamentar.<sup>18</sup>

Embora esta forma de representação tenha sido instituída em alguns Estados americanos durante o período colonial, tal opção foi rejeitada, depois de bastante debatida, quando da proposta da Primeira Emenda. Até mesmo durante a revolução francesa em 1.789, uma das primeiras atitudes do novo governo foi proibir os mandatos imperativos. A rejeição desta forma de representação deu-se por uma questão de princípio e jamais foi questionada, desta forma, o representante pode formular suas promessas de campanha, mas não necessariamente tem obrigação de cumpri-las. Na tentativa de reeleição o candidato pode então, tentar convencer seus eleitores das razões pelas quais não as cumpriu.<sup>19</sup>

Contra esta concepção de um mandato imperativo, John Stuart Mill afirmava que seria importante que o eleitor escolhesse um representante que julgasse mais sábio que a si mesmo e aceitasse ser governado e representado por esta pessoa, justamente por deter um conhecimento mais aprimorado, em melhores condições de defender posições perante o parlamento. O controle dos eleitores sobre os atos praticados pelo representante viria da pressão exercida sobre eles e, sobretudo, pela não reeleição do parlamentar.<sup>20</sup>

Citando a posição de Madison, Bernard Manin traz posição semelhante à de John Stuart Mill, ao afirmar que o governo representativo é justamente superior por possibilitar um certo distanciamento entre a vontade do governo e a vontade do povo, de forma que o representante deve ser uma pessoa mais preparada para exercer o poder e não estar sujeita as paixões desordenadas e ilusões e equívocos decorrentes de situações efêmeras.<sup>21</sup>

Outra característica da democracia moderna, diversamente da que existia na Grécia Antiga, é a existência de partidos políticos. Tal fato também é, em parte, decorrente do grande número de eleitores, o que dificulta sobremaneira o contato direto do representante com seus eleitores. Assim, num sistema de democracia de partido o eleitor vota em um partido e no seu programa de governo e não em uma pessoa. Este sistema reflete as divisões de classe

<sup>18</sup> MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. nº 29, out. 1995, p. 5-34. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_29/rbcs29\\_01.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

<sup>19</sup> MANIN, Bernard. *op. cit.*, p. 5-34.

<sup>20</sup> MILL, John Stuart. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. Tradução de Manoel Innocência de L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 124;

<sup>21</sup> MANIN, Bernard. *op. cit.*, p. 5-34.

existentes na sociedade, sobretudo pelo surgimento de partidos de massa e da militância política, com destaque para aqueles ligados às causas operárias.<sup>22</sup>

A situação atual de grande parte dos sistemas democráticos denota, no entanto, que o partido político não é mais fator preponderante para a escolha do eleitor, mas sim a personalidade individual dos candidatos. Com o grande desenvolvimento dos meios de comunicação, a distância entre eleitor e representante encurtou e, assim, o candidato dispõe de muitos meios para se comunicar com os eleitores, como pelas modernas redes sociais. Prestígio pessoal em dada localidade ou méritos intelectuais cedem diante da habilidade de comunicação com o público. Com isso, tem-se notado que programas de governo e partidários são deixados de lado e o “brilho pessoal” do candidato e a confiança que ele inspira acabam sendo os fatores determinantes.<sup>23</sup>

Destarte, se as promessas de campanha não são tão fundamentais, evidentemente, não faz sentido a existência de um mandato imperativo, em que a observância da opinião dos eleitores seja taxativa pelo representante eleito. Supostamente, o atendimento ou não do interesse público pelo candidato eleito é julgado pelos eleitores no momento de sua reeleição ou não.

367

### 3 CONFLITO ENTRE INTERESSE PÚBLICO E INTERESSE PARTICULAR

Na teoria democrática moderna o poder político possui a capacidade de exercer o controle sobre o poder econômico. O poder político, por sua vez, tem como fundamento a soberania popular, que, embora submetida e mitigada pela legalidade constitucional, seria capaz de regulamentar e impedir o domínio econômico sobre as instituições e sobre o direito. Essa capacidade deriva da democracia representativa, exercida por meio do voto, do sufrágio universal.<sup>24</sup>

Em que pese tal ferramenta exista, verifica-se uma certa subordinação da população a vários interesses econômicos e pessoais, de quem controla a circulação da riqueza ou de quem detém parcelas do poder. Esta subordinação se reflete na incapacidade do Estado de se impor

<sup>22</sup> MANIN, Bernard. *op. cit.*, p. 5-34.

<sup>23</sup> MANIN, Bernard. *op. cit.*, p. 5-34.

<sup>24</sup> CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*. v. 3, n. 1, 2011, p. 13. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/72/cruz-soares.pdf>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

sobre interesses econômicos privados ou de certos grupos bem específicos. Ao que parece, o sistema eleitoral da democracia representativa, por si só, não é capaz de garantir o interesse do povo, o interesse geral.<sup>25</sup>

Frise-se que o Cidadão vem se distanciando da tomada de decisões cada vez mais, prevalecendo um individualismo egoísta que se apodera de todos e deixa a população sem representantes de fato, pois na verdade estes representam apenas a si mesmos.<sup>26</sup> Jean-Marie Guéhenno afirma que na atualidade a política deixou de ser o principal instrumento de organização da vida dos homens na sociedade, mas sim algo secundário, incapaz de solucionar os problemas práticos da atualidade. Ainda, faz interessante analogia para demonstrar que a política se tornou o debate e o conflito de interesses privados e não do interesse público, efetivamente bloqueado, com o abandono da Solidariedade:

Os americanos têm uma imagem para descrever essa situação de bloqueio: *political gridlock*, engarrafamento político; a expressão se refere à situação onde os carros se bloqueiam mutuamente num entroncamento; cada motorista tem a impressão de que o problema é o motorista na sua frente, quando na realidade uma vista aérea mostra claramente que todos estão contribuindo para o bloqueio geral. Numa democracia avançada, torna-se cada vez mais difícil se colocar acima dos interesses particulares para obter uma vista aérea!<sup>27</sup>

368

Ao longo do tempo, a democracia representativa foi aperfeiçoada com inúmeros mecanismos para se tentar garantir maior eficiência do sistema e mais participação popular (democracia participativa, tal qual na antiga Atenas). São mecanismos como melhores leis eleitorais, formas de consulta e ouvida dos Cidadãos mais diretamente, como, por exemplo, a obrigação de audiências públicas em certas espécies de licenciamento ambiental<sup>28</sup>, a participação da sociedade civil em órgãos públicos, como, por exemplo, o Conselho Curador do FGTS<sup>29</sup>, Conselho Nacional da Educação<sup>30</sup>, Conselho Nacional dos Direitos do Idoso<sup>31</sup>, além de plebiscitos e referendos, regulamentação de financiamento de partidos, etc.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. *op. cit.*, 2011, p. 13.

<sup>26</sup> GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 194.

<sup>27</sup> GUÉHENNO, Jean-Marie. *O Fim da Democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio*. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 29, 32-33.

<sup>28</sup> A previsão da realização de audiência pública no procedimento de licenciamento ambiental se encontra, dentre outros dispositivos, no artigo 10, inciso V, da Resolução 237/1997 do CONAMA.

<sup>29</sup> A composição deste conselho está prevista no artigo 3º e seguintes da lei 8.036/1990.

<sup>30</sup> Conforme Lei 9.131/1995.

<sup>31</sup> Decreto 5.109/2004.

<sup>32</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *Estadualismo, Pluralismo e Neorrepública*. Perplexidades dos Nossos

Ocorre que, em que pese tais instrumentos sejam importantes, a possibilidade de manipulação da opinião pública continua real, sobretudo pelo patrocínio de grupos organizados que promovem posições e opiniões bastante particulares, na defesa de interesses bem específicos destes grupos, utilizando-se dos meios de comunicação, de modo a condicionar a posição da maioria, prática esta conhecida por “lobbie”. A promoção destes interesses privados pode levar e leva muitas vezes a aprovação de leis, medidas, aprovações em conselhos, referendos, etc., em que, teoricamente, estão legitimados pela população. No entanto, muitas vezes o apoio a certas medidas decorre de consultas populares muito pouco refletidas sobre o que de fato se está apoiando ou aprovando.<sup>33</sup>

Em uma passagem do Contrato Social, escrito no século XVII, Rousseau fazia interessante observação, que também continua pertinente nos tempos atuais, sobre outro fator que desequilibra a democracia representativa, que é a influência demasiada de grandes corporações particulares, grandes empresas ou conglomerados empresariais que o autor chamou de grandes “associações”. Suas influências e peso para o Estado são tamanhos, dado que o que importa é seu poderio econômico, que seus interesses privados, que objetivam finalisticamente quase que integralmente o lucro, se sobrepõem aos interesses da população e o mecanismo democrático de representação pelo voto se torna inócuo.<sup>34</sup>

O mercado é um sistema eficaz para a geração de riqueza, mas não para a sua distribuição. Ele não leva em conta valores e necessidades sociais que são importantes do ponto de vista coletivo e não individual. A compra e a venda e o acesso ao lucro não guardam qualquer relação com os Direitos Fundamentais, pois eles não foram instituídos com o objetivo de lucro monetário.<sup>35</sup>

Carlos Nelson Coutinho afirma que no Brasil preponderam partidos não-ideológicos, que possuem bases heterogêneas e sujeitas a todo tipo de *lobbies*. Da mesma forma, mesmo os sindicatos agem notadamente preocupados com interesses corporativos que representam visando resultados apenas imediatos. Contra esta falta de hegemonia o autor enfoca a necessidade de atuação de movimentos sociais de base e sindicatos combativos e politizados e de partidos com programas estruturados que devem ser seguidos, todos ligados a grande

Dias. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142.

<sup>33</sup> HESPANHA, Antonio Manuel. *op. cit.*, p. 142.

<sup>34</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 37-38.

<sup>35</sup> MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 120.

massa da população, no combate a apatia política. Para o autor, o corporativismo denota uma visão neoliberal e burguesa da política, ao passo que a hegemonia política numa democracia de massas denota uma visão ética, em prol do socialismo em detrimento do capitalismo. Para o autor, o interesse público somente irá preponderar sobre o privado com a superação do sistema capitalista.<sup>36</sup>

Robert Dahl, em contraponto às críticas ao enfoque econômico sustenta que o consumismo também pode ser um canal para a cidadania. O sistema capitalista tem como mérito a satisfação do poderoso impulso humano por consumir cada vez mais os bens produzidos pelas empresas, no entanto, há outro impulso mais forte que é a busca pela felicidade ou pelo bem-estar. Existem muitos estudos que afirmam que quando as pessoas alcançam um nível moderado de consumo, o seu implemento já não garante um aumento do bem-estar ou da felicidade. Assim, o autor afirma ser possível em um país que tenha atingido certo nível de riqueza, como nos EUA, que as pessoas possam encontrar satisfação em investir tempo, dinheiro e energia no compromisso político e cívico, em uma nova cultura que enfoque a cidadania em detrimento das alegrias do consumo.<sup>37</sup>

370

Novamente, em específico no Brasil, Raymundo Faoro faz pertinentes observações sobre a sociedade brasileira e a histórica “confusão” entre interesse público e interesse particular e de que nossa democracia representativa não corresponde a representação da vontade geral da população:

Num estágio inicial, o domínio patrimonial, desta forma constituído pelo estamento, apropria as oportunidades econômicas de desfrute dos bens, das concessões, dos cargos, numa confusão entre o setor público e o privado, que, com o aperfeiçoamento da estrutura, se extrema em competências fixas, com divisão de poderes, separando-se o setor fiscal do setor pessoal. O caminho burocrático do estamento, em passos entremeados de compromissos e transações, não desfigura a realidade fundamental, impenetrável às mudanças. O patrimonialismo pessoal se converte em patrimonialismo estatal, que adota o mercantilismo como técnica de operação da economia.<sup>38</sup>

O autor argumenta que a chave para a compreensão do interesse pessoal sobrepujar o interesse público no Brasil se dá pela comparação entre o capitalismo moderno e o quadro

<sup>36</sup> COUTINHO, Carlos Nelson. *Contra a Corrente: Ensaio sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 98-100.

<sup>37</sup> DAHL, Robert A. *La Igualdad Política*. Tradução de Liliana Andrade Llanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 110-111.

<sup>38</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 823-824.

tradicional representado pelo estamento que imperava no Brasil. Diz-se imperava, porquanto as afirmações de Raymundo Faoro se referem à realidade política do Brasil, principalmente, da primeira metade do século passado. Para o autor há uma camada social no país que se encontra acima das classes sociais, que determina o aparelhamento político do Estado. Essa camada nem sempre é articulada entre si e muitas vezes é até mesmo amorfa, no entanto, sempre governa em nome próprio e sempre está no poder. Existe substituição de velhos por novos, às vezes por pessoas capazes, outras não, no entanto, os mesmos valores continuam sendo transmitidos e o interesse da população continua não sendo representado.<sup>39</sup>

Na sequência, o autor esclarece que a ideologia democrática liberal não foi capaz de reverter esse domínio do estamento sobre o Estado brasileiro:

A pressão da ideologia liberal e democrática não quebrou, nem diluiu, nem desfez o patronato político sobre a nação, impenetrável ao poder majoritário, mesmo na tradição aristocrático-plebéia do elitismo moderno. O patriciado, despido de brasões, de vestimentas ornamentais, de casacas ostensivas, governa e impera, tutela e curatela. O poder – a soberania nominalmente popular – tem donos, que não emanam da nação, da sociedade, da plebe ignara e pobre. O chefe não é um delegado, mas um gestor de negócios, gestor de negócios e não mandatário. O Estado, pela cooptação sempre que possível, pela violência se necessário, resiste a todos os assaltos, reduzido, nos seus conflitos, à conquista dos membros graduados de seu estado-maior. E o povo, palavra e não realidade dos contestatários, que quer ele? Este oscila entre o parasitismo, a mobilização das passeatas sem participação política, e a nacionalização do poder, mais preocupados com os novos senhores, filhos do dinheiro e da subversão, do que com os comandantes do alto, paternais e, como o bom príncipe, dispensários de justiça e proteção. A lei, retórica e elegante, não o interessa. A eleição, mesmo formalmente livre, lhe reserva a escolha entre opções que ele não formulou.<sup>40</sup>

371

Como explicitado antes, as observações de Raymundo Faoro não foram fundamentadas na realidade da política brasileira contemporânea, mas sim sobre o seu desenvolvimento histórico até o século XX, época em que a obra foi escrita. Infelizmente, não se pode deixar de notar que as suas afirmações parecem se amoldar também à realidade atual.

Ainda, ao encontro da posição de Raymundo Faoro, José Murilo de Carvalho afirma que no Brasil existe verdadeiro fascínio com o Poder Executivo, que tem suas origens nas tradições portuguesas, ibéricas e no patrimonialismo, além da tradição ditatorial histórica em que o Congresso ou estava fechado, ou era peça de decoração. O Estado grande e poderoso é visto tanto pelo lado negativo pela excessiva tributação e repressão, quando positivamente

<sup>39</sup> FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 823-824.

<sup>40</sup> FAORO, Raymundo. *op. cit.*, p. 837.



com uma atitude paternalista de distribuição de favores e empregos. A política é vista, por grande parte da população, como um canal de negociação direta com o governo, à revelia dos representantes do poder Legislativo.<sup>41</sup>

Na busca por um messias político capaz de resolver as grandes desigualdades sociais e problemas estruturais que assolam o país, sem a paciência com a lentidão das decisões legislativas, o Poder Legislativo fica em segundo plano, centralizando-se a política na campanha eleitoral para a presidência da república. Como nunca houve grande reação popular ao fechamento do Congresso, este e os partidos políticos têm apenas reconhecimento abstrato na importância da representação popular, existindo desprestígio generalizado dos políticos entre a população.<sup>42</sup>

Prossegue o autor, afirmando que o estatismo no Brasil favoreceu o crescimento dos interesses corporativos em detrimento do interesse coletivo. Desde o governo de Getúlio Vargas, em que direitos sociais foram concedidos atrelados a cooptação de trabalhadores em sindicatos corporativos, os benefícios do Estado não foram mais vistos como de interesse coletivo, mas sim em razão da negociação de cada categoria com o Estado. A própria Constituição de 1988 reflete o corporativismo, em cada grupo pressionou pela ampliação de seus privilégios, como a aposentação cinco anos mais cedo para professores, a estabilidade para os servidores públicos, o salário-mínimo como limite mínimo para os aposentados, o imposto sindical entre outras coisas. Empresários, banqueiros, operários e funcionários públicos, entre outros, todos lutaram pela preservação e implantação de privilégios e este processo continua atualmente.<sup>43</sup>

372

O eleitor vota no deputado em troca de promessas e favores pessoais; o deputado apóia o governo em troca de cargos e verbas para distribuir entre seus eleitores. Cria-se uma esquizofrenia política: os eleitores desprezam os políticos, mas continuam votando neles na esperança de benefícios pessoais.<sup>44</sup>

Assim, o sistema de representação política no Brasil é ineficaz para a solução das mazelas da população e, para grande parte dos eleitores, os membros do legislativo não são

<sup>41</sup> CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 221.

<sup>42</sup> CARVALHO, José Murilo. *op. cit.*, p. 221-222.

<sup>43</sup> CARVALHO, José Murilo. *op. cit.*, p. 222-223.

<sup>44</sup> CARVALHO, José Murilo. *op. cit.*, p. 222-224.

nada mais do que intermediários para obtenção de favores pessoais obtidos do Poder Executivo.<sup>45</sup>

#### 4 PERDA DA GENERALIDADE DA LEI

É uma característica da complexa sociedade contemporânea a sua pulverização, ou seja, a existência de uma grande diversificação de grupos e estratos sociais, num cenário em que todos concorrem pela garantia de seus interesses, sobretudo quando previstos legalmente. Em um Estado Social a aplicação do princípio da igualdade ganha relevo e assim, cada agrupamento ou parcela da população requer legislação específica e tratamento normativo diferenciado, atendendo-se as suas particularidades. No mesmo sentido também se encontra a constante pressão exercida sobre o legislador para o atendimento dos interesses corporativos, como visto anteriormente. Com isso a generalidade da lei se viu abalada.<sup>46</sup>

A lei, cada vez menos abstrata, deixou de ser um instrumento que representava a coerência política da sociedade e passou a ser um instrumento de combate e competição entre diversos grupos sociais. Antes, no século XX, a lei era, regularmente, a representação de um debate racional e impessoal, era racionalizada e representava interesses objetivos e justificáveis. No entanto, desde algum tempo, em muitos casos, a lei passou a ser pessoal, com expressa identificação dos grupos atuantes, consistindo numa representação de interesses particulares.<sup>47</sup>

Esta perda da lei como sendo uma manifestação do interesse geral, mas sim do interesse particular em inúmeras situações, é também a crise do princípio da legalidade, uma vez que a lei, pulverizada e incoerente, além de outras fontes do direito, perderam parte do seu sentido. Desta forma, como a participação popular na formação do direito se dá justamente pela eleição de representantes para a aprovação de leis supostamente de interesse geral, tem-se também uma crise da democracia representativa, já que ela não vem cumprindo devidamente com seus objetivos.<sup>48</sup>

A bem da verdade, a realidade contemporânea, de uma sociedade altamente fragmentada, evidencia o abandono de uma ideia de contrato social, de metas e objetivos

<sup>45</sup> CARVALHO, José Murilo. *op. cit.*, p. 222-224.

<sup>46</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008, p. 37.

<sup>47</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, p. 38.

<sup>48</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *op. cit.*, p. 39.

determinados que superem os interesses privados. Não existe nenhum princípio unificador ou regulador destes interesses na consciência coletiva. Perceba-se que tanto o representante como o eleitor podem pertencer, ao mesmo tempo, a um partido político, sindicato, associações, empresas, ter inúmeras profissões, em uma infinita divisão e conflitos de interesses. As manifestações de vontade são efêmeras e momentâneas para algo específico, com alianças provisórias que rapidamente são desfeitas. Sem uma concepção coletiva de solidariedade, em que a política e a legislatura sejam uma síntese para o consenso social tem-se uma sociedade sem cidadãos, ou então, uma não-sociedade.<sup>49</sup>

## 5 COMPLEXIDADE, INDETERMINAÇÃO E DESCRÉDITO DO DIREITO

Outro aspecto importante que desafia a atual democracia representativa diz respeito à complexidade e indeterminação do próprio direito. Para Luhmann, a complexidade atual do direito chegou a tal ponto que não é mais possível ao indivíduo conhecê-lo.<sup>50</sup> Ainda, não bastasse o aumento da complexidade das relações sociais as quais o direito necessita regular, o próprio legislador amplia o desconhecimento do direito por meio da elaboração de leis cada vez mais obscuras e inacessíveis ao Cidadão, tornando o direito opaco.<sup>51</sup>

O direito que regula a lógica da vida social, como uma espécie de guia para os Cidadãos, de uma maneira paradoxal, não é conhecido, nem compreendido pelos Cidadãos.<sup>52</sup> A existência de leis imprecisas, temporárias, meramente regulamentares, de prognóstico inseguro e o uso de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador vêm causando grande discussão sobre a “indeterminação do Direito” e é motivo de preocupação pela jurisprudência de muitos países.<sup>53</sup>

374

<sup>49</sup> GUÉHENNO, Jean-Marie. *O Fim da Democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio*. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 33, 35, 39-40.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p. 55.

<sup>51</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006, p; 43-45.

<sup>52</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *op. cit.*, p. 18.

<sup>53</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a Facticidade e validade II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 174.

O desconhecimento do direito, conveniente para poucos, obviamente tem efeitos muito mais dramáticos para as classes menos favorecidas, em situação de vulnerabilidade cultural e social.<sup>54</sup> Pierre Bourdieu também evidencia tal situação:

A cultura dominante contribui para a integração real da classe dominante (assegurando uma comunicação imediata entre todos os seus membros e distinguindo-os das outras classes); para a integração fictícia da sociedade no seu conjunto, portanto, à desmobilização (falsa consciência) das classes dominadas; para a legitimação da ordem estabelecida por meio do estabelecimento das distinções (hierarquias) e para a legitimação dessas distinções.<sup>55</sup>

Se o sujeito membro de determinada ordem social desconhece seus direitos, sobretudo os fundamentais, a própria Constituição do Estado do qual faz parte, sua participação na vontade e nos rumos da sociedade organizada por meio do Estado, bem como do direito, torna-se insustentável. Não é a toa que as teorias contemporâneas sobre a democracia concluem que o que importa, na prática, é a participação da elite minoritária, e a não-participação do homem comum, apático, com pouco senso de eficácia política, pois sua falta de ação é vista como a principal salvaguarda contra a instabilidade.<sup>56</sup>

O problema é que as sociedades democráticas atuais nada ou pouco fazem para instruir o Cidadão a respeito do conteúdo da lei e do direito, nem mesmo se podendo alegar que tal ato representaria um alto custo, pois se trata apenas de mais uma área do conhecimento, como a matemática e história, por exemplo.<sup>57</sup>

Segue-se então uma crise de identidade dos nacionais que não sabem exatamente o conteúdo do significado de Cidadão, sobretudo ante o fato de que “a nação não é apenas uma entidade política, mas algo que produz sentidos – um sistema de representação cultural”. As pessoas não são apenas Cidadãos de uma nação, no sentido político-jurídico do termo, elas participam da concepção da nação tal como representada pela cultura nacional.<sup>58</sup>

Sobre a realidade brasileira, Paulo Freire afirma que se faltaram condições no passado histórico-cultural, que tivessem dado, como a outros povos, uma constante de hábitos de Solidariedade, tanto na política como socialmente, que fizeram dos brasileiros menos

<sup>54</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006, p. 39.

<sup>55</sup> BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000, p. 10.

<sup>56</sup> PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 138-139.

<sup>57</sup> CÁRCOVA, Carlos María. *op. cit.*, p. 39.

<sup>58</sup> HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011, p. 49.

autênticos dentro de uma forma democrática de governo, é imperativo o aproveitamento das atuais condições favoráveis à democratização, apelar para a educação, como ação social, por meio do qual se incorpore ao brasileiro estes hábitos.<sup>59</sup>

A democracia representativa ainda se depara com outra questão que, diferentemente do desconhecimento do direito, trata-se do próprio descrédito do direito, da lei. Marcelo Neves, baseando-se nas ideias de Harald Kindermann comenta a respeito da chamada legislação-álibi. A legislação enquanto símbolo também teria a função de fortalecer a confiança dos Cidadãos no governo e no próprio Estado. Em muitas das vezes o legislador aprova determinada lei com o objetivo de atender às expectativas dos Cidadãos acerca de alguma demanda social sem ter qualquer condição de cumpri-la. Essa legislação-álibi serve justamente para descarregar a pressão exercida pelos Cidadãos, obtendo-se assim uma aparência de reação por parte do Estado. Com este tipo de expediente o problema social além de não ser resolvido, cria novas barreiras para uma solução.<sup>60</sup>

Tem-se como um exemplo desta situação a atenção do clamor popular pelo enrijecimento da legislação penal no Brasil com o objetivo de redução da criminalidade. A aprovação deste tipo de lei tem o objetivo tão somente de criar uma falsa impressão de atitude por parte do Estado perante o eleitorado, no entanto, em seus fundamentos, em muitos casos não é falta ou a falta de rigidez da lei penal a causa da criminalidade, mas sim as mazelas econômicas, sociais e políticas que impedem que a lei penal cumpra de fato a sua função.<sup>61</sup>

Marcelo Neves então faz a seguinte observação:

Parece, portanto, mais adequado afirmar que a legislação-álibi destina-se a criar a imagem de um Estado que responde normativamente aos problemas reais da sociedade, embora as respectivas relações sociais não sejam realmente normatizadas de maneira consequente conforme o respectivo texto legal.<sup>62</sup>

A legislação-álibi é então uma forma de encenação ou de ilusão, no entanto, nem sempre é o legislador quem ilude e o Cidadão que é iludido. A perda da realidade da legislação acaba causando uma perda de parâmetros entre o que é real e o que é encenação. O político é tanto criador quanto vítima das interpretações simbólicas. Em certas situações de confusão acerca da realidade as elites encenam um papel sem nem mesmo ter consciência da

<sup>59</sup> FREIRE, Paulo. *Educação como Prática da Liberdade*. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, p. 102.

<sup>60</sup> NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2011, p. 36-39.

<sup>61</sup> NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 38.

<sup>62</sup> NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 39.

falta de realidade do papel que adotam. Seja como for, a legislação-álibi pode induzir um sentimento geral de que tudo está bem, com o abrandamento da tensão, com o objetivo de demonstrar que população se encontra representada, já que suas demandas obtém respostas do Estado.<sup>63</sup>

A grande consequência do abuso da utilização da legislação-álibi é a criação de um sentimento de descrença no sistema jurídico. Se a consciência coletiva da população passa a acreditar que a previsão legal não tem qualquer eficácia prática, que não tem aplicabilidade, o sistema jurídico perde a credibilidade. Todos se sentem enganados e os políticos são vistos como cínicos ou demagogos.<sup>64</sup>

## 6 A QUESTÃO DA FORMAÇÃO PARA A CIDADANIA

Diante do cenário de crise descrito acima, a educação costuma ser apontada como a solução mestra para as mazelas sociais e do homem. No entanto, no que tange ao exercício da cidadania e da prática democrática, a mera instrução geral do cidadão pode não ter os efeitos positivos que dela se esperaria. Sérgio Buarque de Holanda escreveu a respeito disso, como se segue:

É bem característico, para citar um exemplo, o que ocorre com a miragem da alfabetização do povo. Quanta inútil retórica se tem desperdiçado para provar que todos os nossos males ficariam resolvidos de um momento para o outro se estivessem amplamente difundidas as escolas primárias e o conhecimento do ABC. [...]. Cabe acrescentar que, mesmo independentemente desse ideal de cultura, a simples alfabetização em massa não constitui talvez um benefício sem-par. Desacompanhada de outros elementos fundamentais da educação, que a completam, é comparável, em certos casos, a uma arma de fogo posta nas mãos de um cego.<sup>65</sup>

As previsões constitucionais, como no caso do Brasil, de que todos os indivíduos têm direito à educação, é entender que estes possuem o direito ao despertar das tradições e morais sociais, princípios fundadores de um Estado, que devem ser passados pela sociedade. Assim, por suposto, a educação apresenta-se com uma condição formadora do indivíduo necessária ao próprio desenvolvimento natural e não somente uma formação deste.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 39-40.

<sup>64</sup> NEVES, Marcelo. *op. cit.*, p. 40-41.

<sup>65</sup> HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013, p. 165-166.

<sup>66</sup> PIAGET, Jean. *Para onde vai a Educação?* Tradução de Ivette Braga. Rio de Janeiro: UNESCO, 1973, p. 39.

A educação do Cidadão está diretamente conectada com a participação, pois a compreensão de si mesmo e da realidade que o cerca são condições para a sua atuação no espaço público. Somente o Cidadão educado poderá se interessar pelos assuntos de sua comunidade e das demais comunidades conectadas a uma determinada demanda comum.<sup>67</sup>

A crise da democracia representativa e da sobreposição de interesses privados sobre os públicos decorre, entre outros fatores, de uma formação individualista e pouco solidária. Sendo assim, uma das formas mais plausíveis para reverter tal quadro de maneira eficiente é por meio da educação jurídica, verdadeira formação para a Cidadania e o combate a exclusão social. Se aqueles que acabam de chegar à arena política tivessem sido previamente “educados” para ela, sua participação não representaria perigo algum para a estabilidade do sistema.<sup>68</sup>

Destaque-se que participar efetivamente de uma comunidade implica numa concepção de responsabilidade, que implica na compreensão das consequências do próprio comportamento e, numa concepção mais ampla, no cuidado com a coisa pública. Deve-se ter uma escola de pensamento, de participação ativa e de responsabilidade perante a comunidade, em que todos possam experimentar o real significado de Cidadania, da dignidade da consciência de ser membro de uma sociedade.<sup>69</sup>

Jean-Paul Sartre observa que a noção de responsabilidade é inclusiva:

Mas se verdadeiramente a existência precede a essência, o homem é responsável por aquilo que é de lhe atribuir a total responsabilidade da sua existência. E, quando dizemos que o homem é responsável por si próprio, não queremos dizer que o homem é responsável pela sua estrita individualidade, mas que é responsável por todos os homens.<sup>70</sup>

Numa sociedade que engaja seus membros na difícil, mas necessária tarefa de um cuidar do outro e de todos cuidarem da gestão dos assuntos comuns, observam-se padrões de prudência e justiça, que, no entanto, não exigem pessoas muito disciplinadas, mas apenas tenazes Cidadãos responsáveis. Não se trata de sempre seguir regras, o desvio da regra é algo natural em uma comunidade. O que se precisa é que esta concepção de responsabilidade faça

<sup>67</sup> GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (Orgs.) *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 194.

<sup>68</sup> PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Paz e Terra, 1992, p. 139.

<sup>69</sup> HELZEL, Paola B. Educare alla cittadinanza nelle società multietniche. In: PAZ, José Antonio Souto (Dir.); GALVÁN, Esther Souto (Coord.). *Educación, Democracia y Ciudadanía*. Madrid: Dykinson S. L, 2010, p. 118.

<sup>70</sup> SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Tradução de Vergílio Ferreira. Lisboa: Editorial Presença, 1970, p. 218.

do Cidadão uma base sob a qual se possa construir uma comunidade humana criativa e zelosa o bastante para o enfrentamento dos desafios atuais.<sup>71</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a crise da democracia representativa, além de não ser exclusividade brasileira, é tema bastante complexo, composto por muitas variáveis. O cenário de instabilidade da política nacional é reflexo, na verdade, da ainda pequena experiência democrática. Em que pese o regime democrático ininterrupto já se aproxime de 30 anos de existência no Brasil, uma cultura de participação e dever cívico não se cria tão rapidamente, ainda mais em um país marcado por extrema desigualdade social com insatisfatório investimento e gestão da educação.

Não se pode esperar hegemonia política em um país tão desigual, com realidades tão distintas em um mesmo território. No entanto, a Constituição Federal de 1988, mesmo sendo produto de diversos interesses conflitantes, pode e deve representar os ideais hegemônicos que a sociedade brasileira almeja, que concilia desenvolvimento e direitos sociais com o desenvolvimento econômico. Por essa razão, uma política pública voltada para o esclarecimento geral do significado da Constituição e para a participação e exercício da cidadania é urgente.

A antiguidade clássica e o berço grego da democracia representam forte fonte de inspiração para compreender as mazelas atuais do sistema democrático. Novos sistemas de democracia direta, que convoque o cidadão a tomar parte da administração pública, são essenciais para o desenvolvimento da cidadania, no entanto, não é possível a participação efetiva e de qualidade, sem a compreensão básica do que é ser cidadão e uma cultura de que o público não se confunde com o privado.

Os mecanismos de democracia direta da cidade de Atenas deixam evidente a preocupação em separar o interesse particular do público, além da concepção de que a gestão do Estado, antes de um direito de participação do cidadão, é um dever. Este “espírito” que orientava a democracia ateniense representam valores que muitas vezes são ignorados no sistema democrático nacional.

<sup>71</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 386.



É também importante compreender que em decorrência do sistema capitalista em que o Brasil está inserido, bem como pelo sistema financeiro global predominante, a pressão dos interesses corporativos e as tentativas de análises e soluções para os problemas, exclusivamente sob a ótica econômica ou do mercado, sempre serão realidades constantes, o que não significa, no entanto, que não possam ser controladas e pesadas segundo uma análise racional, legal e adequada para cada situação. O interesse privado deve e precisa ter seu espaço na política nacional, porém, não pode prevalecer sobre o bem-estar geral da população, cujos postulados estão estampados na Constituição de 1988.

Apontar uma solução para a crise da democracia representativa talvez seja algum um tanto presunçoso, pois está longe de ser tarefa simples ou de fórmula pronta. No entanto, inegavelmente, passa por políticas efetivas para amenizar a desigualdade e exclusão social, uma política de educação básica séria, estável e duradoura, mas que contemple, necessariamente, o aprendizado e desenvolvimento da cidadania e dos valores estampados na Constituição, com o fomento a mecanismos de democracia participativa e a disseminação de uma nova cultura pautada na responsabilidade e deveres de todos para com seus semelhantes, com o Estado e com a coisa pública.

380

Há, no ordenamento jurídico brasileiro, duas formas voluntárias de gerir a álea normal dos contratos: a *gestão positiva* e a *gestão negativa*, que se opera por meio do contrato incompleto.

Pela gestão positiva, as partes alocam os riscos econômicos previsíveis não raro de forma diversa daquela prevista em lei. Dentre os vários instrumentos postos à disposição das partes, a cláusula resolutiva expressa se destaca pela diversidade de opções que oferece aos contratantes.

A cláusula resolutiva expressa concede ao credor transferir ao devedor o risco de sua insatisfação, ou apenas disciplinar os efeitos decorrentes da concretização de riscos já imputados, pela lei, à contraparte. De regra, utiliza-se o instituto como mecanismo de gestão de específico risco contratual: o inadimplemento absoluto. No entanto, a autonomia privada faculta às partes valer-se da cláusula também para (a) redistribuir as perdas da superveniência de caso fortuito e força maior, bem como (b) para alterar os efeitos de alocação anteriormente feita pelo legislador.

No primeiro caso, os riscos passíveis de figurar na cláusula são aqueles que, uma vez concretizados, conduzem à disfuncionalização da relação obrigacional, ou, dito de outro modo, à incapacidade de o vínculo jurídico promover a função econômico-individual para o qual foi concebido. Podem os contratantes gerir acontecimentos inevitáveis e necessários, atribuindo a um deles, expressa e especificamente, as consequências de sua concretização. Assumindo o devedor a obrigação de prestar, a despeito da verificação do evento pré-determinado, a impossibilidade da prestação que dele resulte configura inadimplemento absoluto, e autoriza o credor a executar o contrato pelo equivalente ou a resolver a relação extrajudicialmente, sem prejuízo, em ambos os casos, da indenização por perdas e danos.

No segundo caso, incluem-se no suporte fático da cláusula os vícios redibitórios. Os contratantes, valendo-se da alocação de riscos previamente determinada pelo legislador, pactuam, de antemão, que tipos de vícios ocultos comprometem irremediavelmente a utilidade da prestação para o credor, a dispensar o ajuizamento da ação redibitória para a resolução do negócio.

Trata-se, portanto, a cláusula resolutiva expressa, de instituto alicerçado sobre a autonomia privada, e que confere às partes a possibilidade de gerir os riscos a que seu negócio está exposto de forma mais eficaz e consentânea com as peculiaridades do negócio concreto, a fim de melhor promover a consecução dos interesses perseguidos.

## REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hanna. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Posfácio de Celso Lafer. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARISTÓTELES. *A Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. Bauru: Edipro, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida em fragmentos: sobre a ética pós-moderna*. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. 3. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.

CÁRCOVA, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. 2. ed. Madrid: Trotta, 2006.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução de Fernando de Aguiar. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

COUTINHO, Carlos Nelson. *Contra a Corrente: Ensaio sobre democracia e socialismo*. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidinei. A construção de um cenário propício para uma democracia transnacional. *Revista Filosofia do Direito e Intersubjetividade*. v. 3, n. 1, 2011. Disponível em: <<http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-filosofia-do-direito-e-intersubjetividade/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/72/cruz-soares.pdf>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (Orgs.). *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAHL, Robert A. *La Igualdad Política*. Tradução de Liliana Andrade Llanas. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2008.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FREIRE, Paulo. *Educação como Prática da Liberdade*. 22. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

GARCIA, Marcos Leite. Direitos Fundamentais e Transnacionalidade: um estudo preliminar. In: CRUZ, Paulo Márcio; STELZER, Joana. (org.) *Direito e Transnacionalidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

GUÉHENNO, Jean-Marie. *O Fim da Democracia: um ensaio profundo e visionário sobre o próximo milênio*. Tradução de Howard Maurice Johnson e Amaury Temporal. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia entre a Facticidade e validade II*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. Tradução de Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. 11. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2011.

HELZEL, Paola B. Educare alla cittadinanza nelle società multietniche. In: PAZ, José Antonio Souto (Dir.); GALVÁN, Esther Souto (Coord.). *Educación, Democracia y Ciudadanía*. Madrid: Dykinson S. L, 2010.

HESPANHA, Antonio Manuel. Estadualismo, Pluralismo e Neorrepública. Perplexidades dos Nossos Dias. In: WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

383

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

JAEGER, Werner. *Paidéia: A Formação do Homem Grego*. Tradução de Artur M. Parreira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MANIN, Bernard. As Metamorfoses do Governo Representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. n° 29, out. 1995. Disponível em: <[http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\\_00\\_29/rbcs29\\_01.htm](http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_01.htm)>. Acesso em: 12 jan. 2015.

MIGLINO, Arnaldo. *A Cor da Democracia*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

MILL, John Stuart. *Considerações Sobre o Governo Representativo*. Tradução de Manoel Innocêncio de L. Santos Jr. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.



NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. 3. ed. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2011.

PATEMAN, Carole. *Participação e Teoria Democrática*. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. São Paulo: Paz e Terra, 1992;

PAZ, José Antonio Souto (Dir.); GALVÁN, Esther Souto (Coord.). *Educación, Democracia y Ciudadanía*. Madrid: Dykinson S. L, 2010.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a Educação?* Tradução de Ivette Braga. Rio de Janeiro: UNESCO, 1973.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Tradução de Antonio de Pádua Danesi. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

SARTRE, Jean-Paul. *O Existencialismo é um Humanismo*. Tradução de Vergílio Ferreira. Lisboa: Editorial Presença, 1970.

384

WOLKMER, Antonio Carlos; VERAS NETO, Francisco Q.; LIXA, Ivone M. (Orgs.). *Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008.

Submissão: 31/01/2016  
Aceito para Publicação: 21/06/2016



## A IMPORTÂNCIA DE HUGO GRÓCIO PARA O DIREITO

## THE IMPORTANCE OF HUGO GROTIUS FOR THE LAW

Chiara Antonia Sofia Mafrica Biazzi\*

**RESUMO:** O presente artigo visa estudar a figura do jurista e teólogo holandês Hugo Grócio, considerando a época conturbada em que o mesmo viveu e que acabou influenciando seu pensamento e suas obras de forma marcante. Analisam-se as contribuições do autor no tocante ao direito internacional, à filosofia do direito e à história do direito, levando em conta a importância do jurista como um dos maiores representantes do iusnaturalismo laico e um dos principais autores que contribuem para o desenvolvimento do direito internacional. O artigo debruça-se sobre a obra principal de Grócio, o *De iure belli ac pacis*, frisando os pontos considerados mais relevantes aptos a testemunhar as inovações trazidas pelo autor no direito.

**ABSTRACT:** The aim of this article is to study Dutch jurist and theologian Hugo Grotius, taking into account the troubled times in which he lived and which ended up influencing his thought and works in a remarkable way. His contributions related to international law, philosophy of law and history of law are analysed, bearing in mind his importance as one of the main representatives of secular natural law and one of the main authors who contributed to the development of international law. The article addresses Grotius main work, namely *De iure belli ac pacis*, highlighting the most relevant aspects capable of showing the innovations brought by the author into the field of law.

**PALAVRAS-CHAVE:** Hugo Grócio; jusnaturalismo; *De iure belli ac pacis*.

**KEYWORDS:** Hugo Grotius, jusnaturalism; *De iure belli ac pacis*.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 A vida e as obras de Hugo Grócio 2 A obra de *iure belli ac pacis* 2.1 Contexto histórico da obra. 2.2 A importância de regulamentar a guerra e o direito natural. 2.3 A hipótese impíssima. 3. Sistema de direito e fontes do direito em Grócio. 3.1 Divisão do direito e das fontes do direito. 3.2 Definição do direito. Considerações finais. Referências.

386

## INTRODUÇÃO

À distância de quatro séculos, Hugo Grócio continua sendo um autor muito estudado e analisado, tanto na filosofia e teoria do direito, quanto no direito internacional, tendo deixado algumas contribuições relevantes também no campo da história do direito. O motivo desse interesse ainda persistente em relação a esse autor é devido às contribuições do mesmo no tocante ao direito internacional – tanto é verdade que para alguns, ele é considerado o pai do moderno direito internacional – e no tocante à filosofia do direito, apresentando-se como expoente da doutrina do iusnaturalismo racionalista de origem laica.

Grócio é uma figura emblemática do seu tempo que espelha o momento de transição pelo qual a Europa estava passando: da Idade Média à Modernidade. Na obra dele, é possível se deparar com esses traços quase ambíguos do autor, de um homem que ainda não se tinha

\* Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Graduada em Direito pela Università degli Studi di Trento. Membro do grupo de pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium*, registrado no Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

despojado completamente dos trajes do homem medieval para vestir aqueles mais confortantes do homem moderno.

Esse artigo procura analisar a figura de Hugo Grócio, evidenciando suas contribuições maiores nos campos do direito internacional e da filosofia do direito, não olvidando, contudo, os aportes trazidos no âmbito da história do direito, aportes que, como ter-se-á a oportunidade de frisar, são frequentemente negligenciados ou não avaliados com a devida atenção.

## 1 A VIDA E AS OBRAS DE HUGO GRÓCIO

O holandês Hugo Van de Groot (Grócio) nasceu em Deft em 10 de abril de 1583 e morreu em Rostock (Alemanha) em 29 de agosto de 1645 por causa de um naufrágio, na volta da Suécia. Desde jovem demonstrou ser um *enfant prodige*, sendo chamado também de milagre da Holanda<sup>1</sup>. Nascido e crescido em uma família envolvida na vida política holandesa, desde jovem demonstrou ter uma aptidão em vários campos do saber humano (sendo além de jurista, filósofo, teólogo, poeta, advogado e filólogo, envolvido nas delicadas vicissitudes políticas da Holanda do seu tempo), obtendo o grau de doutor *honoris causa* pela Universidade de Orléans com quatorze anos<sup>2</sup>. Aos vinte-dois anos atuou como advogado ao serviço da Companhia das Índias Holandesas, sendo aos vinte-quatro anos, procurador geral da Holanda e pensionário de Roterdã e conheceu várias figuras importantes da época, como o rei da França Henrique IV, Jaime I da Inglaterra, sendo também embaixador da Suécia na França, e viajou para Suécia onde foi recebido e acolhido pela rainha Cristina<sup>3</sup>.

Para compreender de forma mais adequada o pensamento de Grócio, é necessário fazer algumas referências ao período conturbado em que o pensador viveu. Destarte, entre o século XVI e XVII, a Europa era caracterizada pela presença de inúmeras guerras religiosas, sem contar a revolta dos Países Baixos contra o jugo espanhol, além da Guerra dos Trinta Anos e do eclodir das rivalidades mercantis e ultramarinas dos europeus. Todas essas convulsões influenciaram de forma relevante o seu pensamento e as suas obras que sempre foram escritas para responder a questões surgidas na prática.

<sup>1</sup> Recebeu esse epíteto do rei Henrique IV da França.

<sup>2</sup> Conforme VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 630-674 e MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Hugo Grócio e o direito*. O jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

<sup>3</sup> Em: VILLEY, Michel. Op. cit., p. 632-633.



As guerras religiosas que atingiam a Europa naquele momento histórico foram determinantes para determinar a posição assumida pelo autor em relação aos problemas teológicos, tendo um desfecho bastante trágico já que a um certo ponto de sua vida Grócio foi forçado a sair da Holanda, ficando em exílio até o final de seus dias. Todos os países da Europa tinham tomado um partido quanto à religião, sendo que as potências católicas e as protestantes encontravam-se em constante oposição. As guerras nesse momento eram guerras travadas entre Estados, não mais apenas desordens internas devido ao cisma confessional, começado por Lutero e levado adiante por outras figuras como Calvino. Nesse clima de guerras, os Países Baixos tinham aderido ao calvinismo<sup>4</sup> e, mesmo dentro desse território, existia uma cisão religiosa importante entre gomaristas e arminianistas. Nesse contexto, cabe mencionar a qual das duas correntes o autor aqui considerado tinha-se filiado. Como observa Villey:

Na Holanda, Grócio adere (contra a seita dos gomaristas, calvinistas estritos, negadores do mérito humano, defensores da tese extrema de Calvino sobre a predestinação) ao partido dos arminianistas, que se recusam a seguir essa doutrina dura e preservam, com o mérito, o valor possível de suas obras, a liberdade do homem. Os orangistas são gomaristas. A maioria dos republicanos, originados da burguesia rica, optam pela doutrina moderada e mais humana de Arminius. Grócio foi um dos responsáveis pelo Decreto de 1614, editado pelos Estados da Holanda para tentar restabelecer a paz das igrejas holandesas decidindo-se a favor das teses de Arminius. Expulso da Holanda, busca a união das Igrejas na Europa<sup>5</sup>.

388

O pensamento do autor é visível na obra *De império summarum potestatum circa sacra* onde o autor expõe sua visão acerca dos conflitos de origem religiosa, argumentando que deve ser o poder político público o competente para administrar esse gênero de conflito. Obviamente que essa obra encontrou forte oposição nos adeptos da corrente mais rígida do Calvinismo, os quais prezavam pela primazia do sínodo e, conseqüentemente, pela competência das autoridades religiosas e não temporais no manejo de tais controvérsias.

Outra obra importante de Grócio é o *De iure praedae*<sup>6</sup>, escrita em 1605, que se originou de um caso prático e cujo capítulo mais importante é o capítulo XII, intitulado *Mare Liberum*.

<sup>4</sup> Conforme a explicação de Villey, fazendo uma diferenciação com a doutrina luterana, o calvinismo “é sem dúvida uma continuação desta última. Recebe seus princípios, mas numa ordem diferente: princípio da autoridade doutrinal da Escritura, com exclusão do ensino superior da Igreja romana; princípio da justificação pela fé, e não pelas obras.” Em: VILLEY, Michel. Op. cit., p. 636.

<sup>5</sup> Em: VILLEY, Michel. Op. cit., p. 637. O autor ressalta a preocupação de Grócio com o ecumenismo, isto é, uma reconciliação das Igrejas cristãs, divididas pelo cisma luterano.

<sup>6</sup> A obra teve sua existência ignorada durante vários séculos, por acaso, em 1864. Para uma análise aprofundada da obra *De iure praedae*, aconselha-se a leitura da contribuição de Jules Basdevant.

Como apontado anteriormente, a época de Grócio foi marcada também por rivalidades mercantis e ultramarítimas entre as potências europeias e isso reflete-se de forma bastante clara nessa obra. Grócio nesse caso interveio como advogado da Companhia das Índias Ocidentais, defendendo os interesses das Províncias Unidas da Holanda frente às pretensões hispânico-portugueses. A controvérsia surgiu da captura do navio português Santa Catarina por parte dos holandeses, em 1603, no estreito de Málaga. O autor holandês argumenta a tese da liberdade dos mares, contra a qual o jurista inglês Selden opõe a obra *Mare clausum*<sup>7</sup>. O holandês debate que o mar não é suscetível de apoderação por parte de ninguém, sendo *res communis*, e, em virtude dessa conceituação, todos os países tinham direito de navegar livremente pelos mares. Segundo quanto argumenta Macedo, retomando os argumentos de Grócio, a captura do navio português por parte dos holandeses era mais que justificada, já que os holandeses se encontravam em uma guerra legítima contra a Espanha (e Portugal também, em virtude de esses dois países estarem unificados pela Coroa), mesmo a companhia não constituindo uma autoridade pública<sup>8</sup>. Outro argumento levantado pelo jurista é aquele da livre navegação dos mares, referindo-se a vários documentos emanados pelos papas, como as bulas. No dizer de Macedo:

389

Grócio precisava contornar uma Bula papal de Alexandre VI, de 14 de maio de 1493, a Bula *Inter Coetera* (posteriormente modificada pelo Tratado de Tordesillas de 7 de junho de 1494), que concedia aos portugueses a soberania sobre a rota de navegação. [...] Grócio explica que o propósito da bula era pacificar dois povos em guerra, os espanhóis e os portugueses<sup>9</sup>.

Como anteriormente mencionado, Grócio ressalta a questão de o mar ser *res communis*, e não um bem que podia ser apoderado exclusivamente por uma entidade, sendo a natureza do bem em questão insuscetível disso, assim como, por exemplo, o ar. Portanto, o jurista argumenta contra as ambições hispano-portuguesas, questionando-as sob o ponto de vista

Em: BASDEVANT, Jules. Grotius. In: PILLET, Antoine (org.). *Le fondateurs du droit international*. Paris: V. Giard e E. Brière, 1904, p. 155-180.

<sup>7</sup> *Mare clausum* é o oposto da expressão *mare liberum*. A primeira expressão refere-se ao fato do mar ou curso de água que é restrito ao acesso de outros Estados, ficando sob a jurisdição de um país. O jurista inglês John Selden afirma a possibilidade para um Estado de se apoderar do bem mar, contrariamente ao entendimento de Grócio. Para estudo aprofundado do debate entre Selden e Grócio, vide, entre outros: ZISKIN, Jonathan. *International law and ancient sources: Grotius and Selden*. *The review of politics*. Vol. 34, série 4, 1973, p. 537-559.

<sup>8</sup> Em: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Hugo Grócio e o direito*, p. 17-18.

<sup>9</sup> Em: MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Op. cit.*, p. 17-18.

jurídico, e, manifestando-se veementemente em favor do direito dos estados holandeses sobre a liberdade dos mares<sup>10</sup>.

Outras obras relevantes de Grócio, além das mencionadas são “Introdução ao direito holandês”, “Tratado da verdade da religião cristã”, “*De antiquitate Reipublicae Batavae*”, onde o autor defende a tese da continuidade da república batava com a Holanda do século XVII. Por fim, mas não menos importante, o clássico da ciência jurídica moderna, representando pelo *De iure belli ac pacis*, sem dúvida, a obra mais conhecida e mais estudada de Grócio onde delineiam-se com mais clareza os traços inovadores do seu pensamento. Opta-se, por causa disso, sob molde de um parágrafo separado, pela análise aprofundada da obra *De iure belli ac pacis*, tentando evidenciar as contribuições mais relevantes que fazem com que o autor seja ainda hoje estudado e considerado um dos pais fundadores do direito internacional, além de ser considerado como o fundador da filosofia do direito moderna.

## 2. A OBRA DE IURE BELLI AC PACIS

390

### 2.1 Contexto Histórico da Obra

Como apontado anteriormente, todas as obras de Grócio foram concebidas para responder às questões que se punham perante a atenção do autor, ditadas, portanto, pelas circunstâncias e, a sua obra principal, o *De iure belli ac pacis*, escrito em 1625, não foge dessa lógica. A circunstância que ocasionou a redação da obra foi o começo da Guerra dos Trinta Anos<sup>11</sup>. É emblemática a redação dessa obra em um momento histórico de transição. A preponderância das instituições supranacionais representadas pela Igreja e Império Romano-Germânico já não era tão pujante e, de fato, nesse período, assiste-se a um enfraquecimento das autoridades mencionadas e à formação dos modernos Estados nacionais. A comunidade internacional da Idade Média, representada pela *Respublica Christiana*<sup>12</sup>, já não possuía mais

<sup>10</sup> Assim, evidencia Wolkmer, em: WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas* da Antiguidade clássica à modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006, p. 134-135.

<sup>11</sup> Em poucas palavras, com esse termo refere-se a uma série de conflitos e guerras que atingiram a Europa entre 1618-1648 e que tiveram como protagonistas as nações europeias, conflitos motivados por várias razões, entre as quais religiosas, dinásticas, etc.

<sup>12</sup> Sobre uma leitura interessante da *Respublica Christiana*, vide a contribuição de Schmitt. SCHMITT, Carl. *The nomos of the Earth in the international law of the Ius publicum europaeum*. New York: Telos Press Publishing, 2006, p. 57-58.

aquela forte coesão interna, tanto no campo político quanto no campo religioso. As instituições supranacionais começam a se esfacelar lentamente para ceder o lugar à descentralização e à cisão religiosa, regida pelo princípio *cuius regio, eius religio*<sup>13</sup>. Portanto, perante essa unidade que caracteriza a Idade Média, tanto espiritual – representada pela Igreja católica – quanto temporal – representada pelo Império que não abafa a presença da multiplicidade de entidades políticas existentes – testemunha-se um panorama diferente ao longo da Idade Moderna, sendo possível perceber alguns traços de profunda transformação já na Baixa Idade Média<sup>14</sup>. Conforme, observa Guido Fassó:

Esse estado de coisas se acentua no momento da Reforma: isto é, quando a unidade religiosa, como depois aquela política, do mundo medieval se quebra. Encerra-se, desta forma, o último setor comum que os Estados em conflito podiam, e o tinham feito com frequência, encontrar um ponto de encontro, o da religião<sup>15</sup>.

Assim sendo, além das rivalidades políticas entre os Estados em relação às terras recém-descobertas e ao domínio dos mares – preocupação visível na obra *Mare Liberum* –, é de se levarem em conta as guerras religiosas que na época de Grócio eram as causas mais frequentes de rivalidades e guerras interestatais. Nessa linha de raciocínio, ainda mais em virtude da ausência de uma unidade espiritual e da perda da função do papado como árbitro das controvérsias surgidas no âmbito da comunidade internacional europeia, Fassó ainda aponta que:

Se adverte, desta forma, rapidamente a necessidade de normas que definam juridicamente as relações de Estados soberanos, sobretudo no que diz respeito à navegação marítima e à conduta nas guerras: assegurando a liberdade dos mares ou determinando seus limites, regulamentando o tratamento dos prisioneiros de guerra, as condições das populações dos países beligerantes e ocupados, a represália, a pilhagem, as embaixadas, os tratados de armistício ou de paz. Sente-se, em resumo, a necessidade de um Direito vinculante entre os Estados soberanos, onde suas vontades sejam as fontes do Direito positivo, e não podendo-o encontrar na

<sup>13</sup> Segundo esse princípio, os súditos seguem a religião do governante. Em poucas palavras, é o poder secular que estabelece qual religião um determinado território deve seguir, conforme as consequências advindas dos cismas das confissões cristãs na Europa.

<sup>14</sup> Essa dimensão do sistema jurídico medieval e da civilização medieval contrapostos àquele da Idade Moderna é ressaltado de forma excelsa por Paolo Grossi, em várias obras. Vale citar aqui: GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, tradução de Arno dal Ri Júnior. E, ainda: GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009.

<sup>15</sup> “Este estado de cosas se acentúa en el momento de la Reforma: es decir, cuando la unidad religiosa, como después la política, del mundo medieval, se quiebra. Viene a claurarse así el último sector común en el que los Estados en conflicto podían, y lo habían hecho frecuentemente, hallar un punto de encuentro, el de la religión”. Em: FASSÓ, Guido. *História de la filosofía del derecho*. La edad moderna. Madrid: Ediciones Pirámide, tradução de José F. Lorca Navarrete, 3 ed, 1968, p. 68, tradução nossa.

legislação de uma autoridade superior, se recorre ainda a uma norma da moral para sua fundamentação [...] <sup>16</sup>

O *De iure belli ac pacis* representa o momento histórico em que viveu Grócio e que corresponde a uma paisagem profundamente transformada, se comparada com aquela existente anteriormente. Os vestígios das autoridades supranacionais tinham-se – quase completamente – esvaecido e se assistia a uma lenta, mas progressiva concentração do poder político na mão de uma autoridade central e soberana, o que levaria aos poucos à formação dos Estados nacionais modernos.

Nesse contexto, as guerras eram uma constante nas relações entre essas entidades políticas. Pelos motivos mais fúteis, frequentemente, recorria-se ao instrumento da guerra. Nesse sentido, a obra de Grócio tem um apelo muito importante enquanto tenta estabelecer algumas regras de convivência entre Estados, para manter a paz ou, senão, pelo menos conduzir a guerra da forma menos devastadora possível.

A obra procura fornecer um instrumentário capaz de substituir a autoridade da teologia, ao discorrer sobre o direito da guerra e da paz, tema que não constituía uma novidade nas preocupações dos filósofos/teólogos/juristas, embora a abordagem utilizada por Grócio fosse bastante inovadora, como será visto mais para frente. Em um mundo onde existiam conflitos religiosos e onde aquela unidade anterior à reforma tinha-se perdido, não era mais possível confiar cegamente na religião. Deviam existir normas que não pertenciam ao campo da teologia e Grócio se preocupou em encontrar tais normas. Como aponta Fassò, o problema da guerra não era uma novidade, tendo sido tratado já por Isidoro de Sevilha, são Tomás, Pedro Belli, Gentili, Vitoria, só para citar alguns, que, entretanto, deram uma impositação teológica às próprias contribuições <sup>17</sup>.

Considerado um autor marco tanto na filosofia do direito quanto no direito internacional moderno, pelos méritos de ter desvinculado o direito da teologia e por ter formulado uma concepção de direito natural de cunho laico, Grócio, contudo, não pode ser considerado o

<sup>16</sup> “*Se advierte de esta forma bien pronto la necesidad de normas que definan jurídicamente las relaciones de los Estados soberanos, sobre todo per lo que respecta a la navegación marítima y al comportamiento en las guerras: asegurando la libertad de los mares o determinando sus límites, regulando el tratamiento de los prisioneros de guerra, las condiciones de las poblaciones de los países beligerantes o ocupados, la represalia, el pillaje, las embajadas, los tratados de armistício o de paz. Se siente, en suma, la necesidad de un Derecho vinculante entre los Estados soberanos, en los que sus vontades sean la fuente del Derecho positivo, y no pudiéndolo hallar en la legislación de un autoridad superior, se acude aún a la norma de la moral para su fundamentación [...]*” Em: FASSÒ, Guido. Op. cit., p. 68, tradução nossa.

<sup>17</sup> Assim como afirma Fassò. Em: FASSÒ, Guido. Op. cit., p. 70.

inventor do direito natural – como erroneamente algumas vezes tem-se argumentado – mas alguém que deformou essa ideia. Nesse sentido, conforme Villey:

A noção de direito natural já estava em pleno vigor dois mil anos antes de Grócio, na Grécia e depois no direito romano, na Idade Média, entre os escolásticos espanhóis. Grócio, a nosso ver, é antes um dos inúmeros *deformadores* da ideia do direito natural, um dos que contribuíram para mudar o sentido desse termo<sup>18</sup>.

Villey ainda afirma que

Há uns trinta anos, ensinava-se que a originalidade de Grócio teria sido a de *laicizar* a doutrina do direito natural. O que não deixava de ter fundamento: entre os Estados pertencentes a confissões opostas, apenas um direito natural profano podia impor regras comuns. [...] No interior dos reinos, ainda surdamente divididos pelas crenças religiosas, onde ainda perduravam os vestígios das guerras de religião, e que livraram progressivamente da dominação dos clérigos, a ordem comum só podia resultar de uma regra dessacralizada. Era preciso, portanto, que o primado do pensamento racional pagão na cultura dos humanistas fosse transposto para o terreno do direito<sup>19</sup>.

A formação de Grócio foi influenciada pela corrente mais moderada do Calvinismo, a arminianista, e, não menos importante, há também um aspecto humanista<sup>20</sup>. Conseqüentemente, o autor era levado a procurar normas que se fundamentassem na característica irrefutável e comum a todos os homens, prescindindo da origem e da religião dos mesmos: a razão. Ele buscava um fundamento racional para o direito, na tentativa de elaborar uma construção normativa baseada em princípios racionais que pudessem ser deduzidos pela razão humana e dos quais derivariam outros mais específicos<sup>21</sup>.

Contudo, Grócio não sempre foi adepto da concepção racionalista adotada no *De Iure Belli ac pacis*. De fato, nas suas obras anteriores, sobretudo no *De iure praedae*, ele abraça

<sup>18</sup> VILLEY, Michel. Op. cit., p. 646.

<sup>19</sup> VILLEY, Michel. Op. cit., p. 646-647.

<sup>20</sup> Por aspecto humanista, Villey entende a redescoberta dos clássicos da antiguidade grega e romana. Ele não se utiliza apenas do pensamento religioso para a provar a existência de Deus e a verdade do Evangelho, mas também recorre à doutrina dos sábios estoicos. Em: VILLEY, Michel. Op. cit., p. 638-639. O autor ainda afirma sobre a formação humanista de Grócio que “[...] é o continuador da jurisprudência humanista e sobretudo da doutrina do direito dos escolásticos espanhóis, totalmente impregnada de humanismo. Os tratados de jurisprudência humanista têm a particularidade de neles haver referência tanto aos textos jurídicos romanos como às fontes antigas literárias e filosóficas. No *De iure belli ac pacis*, veremos misturados com os fragmentos do *Corpus Iuris Civilis* citações de Marco Aurélio, Sêneca, Salústio, Tácito, Lucrécio, Lucano, Ovídio, Tucídides, Plutarco, Sexto Empírico. Até Homero é citado, e também os trágicos gregos”. Sobre o humanismo, em especial modo o jurídico e o seu modo de abordar os textos de Justiniano, contraposto ao método dos glosadores e comentadores, vide: CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffrè, 1982, p. 172-190.

<sup>21</sup> Sobre a questão do método, ver a esclarecedora e aprofundada explanação de Macedo. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 36-44.

uma visão voluntarista do direito. Bem exemplificada com o brocardo latim *Quod Deus se velle significati, id ius est*, no sentido de que uma coisa é justa porque Deus a quer, essa concepção voluntarista é quase que totalmente abandonada mais tarde por Grócio. Deixando de lado o voluntarismo – abraçado pelos calvinistas mais convictos e rígidos e, de consequência, intolerantes – Grócio abraça uma concepção de Direito natural inspirada ao racionalismo no *De Iure Belli ac Pacis*<sup>22</sup>. Mesmo renegando essa visão voluntarista, o pensador holandês não abre mão de se utilizar das Sagradas Escrituras para trazer argumentos para suas soluções jurídicas. A religião não é completamente abandonada – mesmo porque o próprio pensador era um calvinista moderado e um teólogo – mas é uma religião que recebe suas influências da cultura humanista e estoica.

### 2.3 A hipótese impíssima

Entrando na questão da inovação trazida pela obra *De iure Belli ac Pacis*, se opta por considerar alguns pontos considerados imprescindíveis para compreensão da originalidade do autor. Em primeiro lugar, se considera aqui a assim chamada “hipótese impíssima”. Grócio, nos prolegômenos da sua obra principal, introduz a matéria que ele pretende tratar, colocando algumas questões fundamentais que tentam explicar a importância da sua obra e sua concepção fundamental do direito. Para justificar sua obra, ele argumenta que

394

Numerosos autores tentaram ilustrar com comentários ou reduzir para um sumário o direito civil, tanto no tocante às leis dos romanos quanto à legislação particular de cada nação. Esta parte do direito, porém, que intervém nas relações de muitos povos ou de chefes de Estado, cujos preceitos são fundados sobre a própria natureza ou estabelecidos por leis divinas ou ainda introduzidas pelos costumes e por uma convenção tácita, poucos escritores tentaram entrar nesse campo, ninguém tentou até o presente fazer disso o objeto de um tratado completo e metódico. Semelhante trabalho interessaria, contudo, à humanidade<sup>23</sup>.

Nesse trecho que introduz a obra, o autor ressalta como poucos autores tivessem-se debruçado sobre o estudo do direito que rege as relações entre os povos, o atual direito internacional segundo a expressão cunhada por Jeremy Bentham<sup>24</sup>. Portanto, a pretensão de

<sup>22</sup> Assim como apontado por Fassò. Em: FASSÒ, Guido. Op. cit., p. 70.

<sup>23</sup> GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, I vol, 2004, p. 41.

<sup>24</sup> A expressão *direito internacional*, por incrível que parece, não é tão antiga. Foi cunhada em 1780 pelo pensador Jeremy Bentham: “*Principle of legislation in matters of between nation and nation, or, to use a new though not inexpressive appellation, in matters of international law.*” BENTHAM, Jeremy. *An introduction to*

Grócio é ambiciosa e, no dizer dele, inovadora já que a humanidade precisava de uma obra metódica e completa sobre o direito internacional<sup>25</sup>.

Os prolegômenos à obra afirmam a existência de princípios universalmente válidos de justiça que Grócio opõe veementemente à visão utilitarista, relativista e cética de Carneades para o qual não existiria nem justiça nem direito natural já que os homens agiriam somente em vista da busca dos seus interesses<sup>26</sup>. Para o autor, o homem é um animal racional e social – retomando a conceituação aristotélica – que possui um *appetitus societatis*, que o impele a se associar aos outros para formar uma sociedade regidas por regras racionais. Para Grócio, o cuidado pela vida social, esta natureza social e racional do homem constitui o fundamento do direito que se desenvolve em alguns axiomas como o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro que disso tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o ano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens<sup>27</sup>. Entre esses princípios desponta o do *stare pactis*, cumprir as suas próprias promessas que também é conhecido por *pacta sunt servanda* e que é colocado, como adequadamente observado por Fassó, a fundamento de todo o direito, inclusive do direito internacional (ou das gentes)<sup>28</sup>.

395

Uma das características mais importantes do pensamento de Grócio, e que aparece nos prolegômenos, é a assim chamada “hipótese impíssima” sobre a qual muito tem-se escrito, atribuindo a ele o mérito de ter laicizado o direito natural. Contudo, cabe ressaltar que o mesmo não foi o primeiro a ter dessacralizado a ideia de direito natural. Com efeito, segundo

---

*the principles of moral and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907, p. VIII. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/278>. Acesso em 19/06/2015.

<sup>25</sup> Ressalta-se que Grócio não usa a expressão ‘direito internacional’ ainda desconhecida na sua época, mas *direito das gentes*.

<sup>26</sup> “Como toda discussão sobre o direito seria inútil, se o próprio direito não subsistisse, importaria, para recomendar nossa obra e preveni-la contra ataques, refutar em poucas palavras esse grave erro. Para não ter que lidar com uma multidão de adversários, demos a essa opinião errônea um advogado. Que filósofo se deveria preferir a Carneades, que tinha atingido esse grau de perfeição sonhado por sua escola, o de poder aplicar a força de sua eloquência a serviço da mentira de igual modo que à defesa da verdade? Esse filósofo, empenhado em combater a justiça, não encontrou argumento melhor para tanto que este: os homens se impuseram, em vista de seu interesse, leis que variam de acordo com os costumes e que, entre os mesmos povos, muitas vezes mudam de acordo com as circunstâncias. Quanto ao direito natural, esse não existe; todos os seres, homens e outros animais, se deixam arrastar pela natureza em função de suas próprias utilidades. Deduz-se, pois, que não há justiça ou, se houvesse uma, não passaria de suprema loucura, porquanto prejudica o interesse do indivíduo, preocupando-se em proporcionar vantagem a outrem.” GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 36.

<sup>27</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 39.

<sup>28</sup> “La obligatoriedad de las convenciones expresas o tácitas entre los Estados, que constituyen el Derecho das gentes, debe remontarse a un principio lógicamente anterior a la convención misma, al derecho positivos; y este principio que Grocio sitúa en la obligación de cumplir los pactos [...] es, a su vez, válido en cuanto es de Derecho natural.” Em: FASSÓ, Guido. Op. cit., p. 70.



quanto afirma Villey: “O direito natural é profano desde sua nascença, a partir de Aristóteles. [...] Contudo, como essa laicidade do direito era um assunto muito discutido nos tempos de Grócio, [...], devemos pelo menos dar-lhe o credito de ter claramente optado por ela.”<sup>29</sup> Para Macedo, o mérito de Grócio é aquele de ter sabido distinguir os estudos entre Deus e os homens<sup>30</sup>. A hipótese impíssima formulada por Grócio está contida nessa celeberrima passagem:

O que acabamos de dizer teria lugar de certo modo, mesmo que se concordasse com isso, o que não pode ser concedido sem um grande crime, isto é, *que não existiria Deus ou que os negócios humanos não são objetos de seus cuidados*. O contrário nos tem sido inculcado em parte por nossa razão, em parte por uma tradição perpétua, e nos tem sido confirmado por numerosas provas e milagres atestados através dos séculos; disso se segue que devemos obedecer a Deus, sem exceção, como ao Criador e ao qual nós somos devedores daquilo que somos e de tudo o que possuímos, tanto mais de que muitas maneiras ele se tem mostrado extremamente bom e poderoso. Disso devemos concluir que ele pode conceder aos que lhe obedecem recompensas generosas, mesmo eternas, sendo ele mesmo eterno, e ele certamente quis que nele se acreditasse, sobretudo se ele o prometeu de modo expresse<sup>31</sup>.

396

Grócio aqui não nega a importância de Deus, mas simplesmente, afirma que uma vez que Deus cria o homem, ele já possui dentro de si mesmo esse apelo para vida social e para o direito natural. A razão humana e a sociabilidade humana são apontadas pelo jurista como fundamento do direito natural, duas características pertencentes ao homem que enquanto animal político possui um pendor para com a vida social. Ao definir o direito natural, Grócio assevera que:

O direito natural nos é ditado pela reta razão que nos leva a conhecer que uma ação, dependendo se é ou não conforme à natureza racional, é afetada por deformidade moral ou por necessidade moral e que, em decorrência, Deus, o autor da natureza, a proíbe ou a ordena. Os atos, a propósito dos quais se manifesta essa regra, são, por si mesmos, obrigatórios ou ilícitos e, como tais, são considerados necessariamente ordenados ou proibidos por Deus. Observando-se isso, nota-se que esse direito difere do direito humano e também do direito divino voluntário que não prescreve nem proíbe coisas obrigatórias ou lícitas por si mesmas e por sua própria natureza; ao contrário, torna as coisas ilícitas ao vetá-las e obrigatórias ao ordená-las.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> Ainda, segundo Villey, o grande mérito de Grócio, não seria ter optado por um direito natural clássico, mas por um direito natural estoico.” VILLEY, Michel. Op. cit., p. 648-649.

<sup>30</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 45. O autor também afirma que a hipótese impíssima formulado por Grócio foi interpretada de uma forma exagerada, sendo que autores anteriores a ele também tinham concebido uma hipótese semelhante.

<sup>31</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 40-41, grifo nosso.

<sup>32</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 79.

Contudo, na construção jurídica de Grócio, o elemento da vontade não carece totalmente de legitimidade e de vigência: pelo contrário, o pensador holandês abre um grande espaço ao direito produzido pela vontade<sup>33</sup>. No sistema que ele constrói, ao lado do direito voluntário divino, existe também um direito voluntário humano. A seguir, será analisado o sistema de direito formulado por Grócio com suas subdivisões internas, considerando também algumas consequências importantes para a história do direito advindas da sistemática grociana.

### 3 SISTEMA DE DIREITO E FONTES DO DIREITO EM GRÓCIO

Nos prolegômenos do *De iure belli ac pacis*, o pensador holandês elabora uma estrutura equilibrada e coerente das fontes do direito, além de proporcionar algumas definições da palavra direito que serão analisadas a seguir. Antes de se passar à descrição da estrutura do direito elaborada por Grócio, faz-se necessário abordar o sistema de fontes esboçado pelo jurista holandês.

397

#### 3.1 Divisão do direito e das fontes do direito

No entendimento do autor, a grande divisão do direito é aquela entre direito natural e voluntário. No âmbito do direito voluntário, ele considera o direito humano e o direito divino. O direito humano, por sua vez, é dividido em três categorias: direito civil, direito menos amplo que o civil e direito das gentes. Para Grócio, o direito natural é um direito ditado pela razão, que apenas os homens possuem entre os seres vivos – não os animais – e que é imutável no tempo e no espaço. O direito natural pode ser provado de duas maneiras:

[...] A priori e a posteriori. Desses dois modos de argumentar, o primeiro é mais abstrato e o segundo, mais popular. Prova-se a priori demonstrando a conveniência ou a inconveniência necessária de uma coisa com a natureza racional e social. Prova-se a posteriori concluindo, se não com uma certeza infalível, ao menos com bastante probabilidade, que uma coisa é de direito natural porque é tida como tal em todas as nações ou entre as que são mais civilizadas. De fato, um efeito universal

<sup>33</sup> HESPANHA, António Manuel. Hugo Grotius. DAL RI, Arno Júnior; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara Veloso, LIMA, Lucas Carlos. *A formação da ciência do direito internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 157-158.

exige uma causa universal e a causa de semelhante opinião não pode ser outra que o próprio senso que chamamos de senso comum<sup>34</sup>.

Grócio considera também o direito voluntário, dividindo-o em direito humano e direito divino. O primeiro, como sugere a própria denominação, seria produto da vontade humana e é caracterizado por três subdivisões, como acima indicado. O direito civil seria aquele que emana do poder civil e que está à frente do Estado, enquanto que o direito menos que civil é aquele que “Compreende as ordens de um pai, aquelas de um mestre e outras similares”<sup>35</sup>. A última, mas não menos importante categoria de direito humano, é aquele mais amplo que o civil, ou seja, o direito das gentes. Grócio o define como:

[...] aquele que recebeu sua força obrigatória da vontade de todas as nações ou de grande número delas. Acrescentei de ‘grande número’ porque, à exceção do direito natural, que costumamos chamá-lo também *jus gentium*, não encontramos praticamente direito que seja comum a todas as nações<sup>36</sup>.

Ainda, no entendimento do jurista holandês, esse direito se provaria da mesma maneira que o direito civil não escrito, por um uso continuado e pelo testemunho daqueles que se conhecem, sendo obra do tempo e do uso<sup>37</sup>. Por último, o direito divino tem sua origem na vontade de Deus, sendo dividido em direito dado ao gênero humano inteiro e direito dado a um só povo – o povo judeu – sendo que, uma coisa é justa ou injusta porque Deus assim quis, diversamente do direito natural que é tão imutável que não pode ser mudado nem pelo próprio Deus. No caso do direito natural, os atos são caracterizados por deformidade moral e são contrários ao próprio direito, e, em consequência disso, Deus proíbe ou ordena o ato. No tocante ao direito divino voluntário, o raciocínio é exatamente o oposto.

Vale a pena se debruçar com mais profundidade sobre o direito das gentes e sobre o tema da guerra justa, antes de se passar à análise do sistema de regras jurídicas que Grócio estabelece. Segundo Macedo, a partir da ideia de direito das gentes elaborada pelo pensador holandês, seria possível supor a existência de uma sociedade internacional onde os Estados<sup>38</sup> relacionar-se-iam de acordo com seus próprios interesses limitados por regras de direito<sup>39</sup>. Essas regras de direito, inclusive, operariam também na condução das guerras por parte dos

<sup>34</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 85.

<sup>35</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 88.

<sup>36</sup> GROTIUS, Hugo. *Idem, ibidem*.

<sup>37</sup> GROTIUS, Hugo. *Idem, ibidem*.

<sup>38</sup> Lembrando que os Estados assim como conhecidos hoje são criação da Modernidade, começando a surgir aos poucos no cenário internacional.

<sup>39</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 71.

Estados, constituindo o assim chamado *ius in bello*, e no começo das hostilidades, o assim chamado *ius ad bello*. O direito das gentes encontraria sua própria origem e fundamento no consenso dos povos. Assim como os seres humanos vivem, cada um com seus próprios interesses, no interior de uma associação política maior, também os Estados seriam regidos por um direito, distinto do próprio direito natural. Grócio faz um raciocínio bastante original, criando uma “genealogia” das diferentes fontes do direito:

A natureza do homem que nos impele a buscar o comércio recíproco com nossos semelhantes, mesmo quando não nos faltasse absolutamente nada, é ela própria a mãe do direito natural. A mãe do direito civil, no entanto, é a obrigação que a gente se impõe pelo próprio consentimento e, como esta obrigação extrai sua força do direito natural, a natureza pode ser considerada como a bisavó também do direito civil<sup>40</sup>.

Conforme acima apontado, o direito das gentes provar-se-ia pelo uso e pela obra do tempo. Nesse sentido, o autor enfatiza a importância da história enquanto a mesma fornece exemplos e apreciações<sup>41</sup>. Grócio utiliza-se amplamente de exemplos advindos da história, de escritores clássicos, de citações do Velho e do Novo Testamento, para fundamentar seus argumentos. É possível ressaltar, portanto, nesse autor a importância do meio histórico como laboratório de observação de qualquer jurista para legitimar as soluções jurídicas escolhidas.

Além das divisões das fontes do direito, Grócio elabora um sistema científico jurídico, espelhando uma tendência da época – basta considerar a *Iuris universi distributio*, obra de Jean Bodin ou as tentativas de Johannes Althusius – na forma de um sistema de regras gerais. O dever de sociabilidade seria a fonte do direito, sendo que o mesmo resumir-se-ia às seguintes regras: dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nossos, está em nossas mãos ou o lucro que disso tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o ano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens. Na opinião de Villey, essa tentativa de Grócio de resumir o direito a um sistema de axiomas – extraídos de Cícero e de sua pretensão do *ius in arte redigere* – possuiria uma notável importância para a história do direito em virtude do fato de ser possível encontrar as mesmas regras como fundamento dos códigos civis<sup>42</sup>. Ainda segundo Villey, Grócio não concorda que

<sup>40</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 43.

<sup>41</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 60.

<sup>42</sup> No direito de propriedade ou naqueles dos contratos. Em: VILLEY, Michel. Op. cit., p. 658-659. Segundo, José Reinaldo de Lima Lopes, o livro II da obra *De iure belli ac pacis* esboça o que será o direito contratual moderno, especialmente no capítulo XI. Grócio afirma que as promessas se cumprem em nome da fidelidade e

se possa deduzir, logo de entrada, *a priori*, o conjunto das soluções de direito dos axiomas principais, utilizando-se também do método *a posteriori*, conforme o qual uma regra é aceita pela universalidade dos homens, o que faz com que ela seja presumida como sendo racional<sup>43</sup>. Esse uso do método dedutivo – apriorístico – e indutivo – *a posteriori* – faz com que Grócio utilize-se de um método sincretista, apoiando-se na razão humana e na experiência<sup>44</sup>.

### 3.2 Definição do direito

Grócio fornece três definições de direito: como sinônimo de justo – definido como aquilo que não é injusto – e que provavelmente refere-se ao que é compatível ao direito natural. A segunda definição de direito dada por Grócio é uma definição de direito no sentido subjetivo. É nesse ponto que Grócio dá uma contribuição muito importante para a história do direito pois elabora uma definição de direito como qualidade da pessoa. Ele fornece a segunda acepção do direito, nesses termos: “[...] uma qualidade moral ligada ao indivíduo para possuir ou fazer de modo justo alguma coisa.”<sup>45</sup> Por sua vez, essa qualidade moral é dividida entre

400

---

não porque correspondem a trocas equivalentes. Nesse sentido, distingue-se de Francisco Connan, humanista francês, pelo qual, o direito natural só obriga ao cumprimento de promessas em que haja sinalagma (equivalência). Em: LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 191.

<sup>43</sup> VILLEY, Michel. Op. cit., p. 664.

<sup>44</sup> Sobre a questão do método, vide a esclarecedora e completa explanação de Macedo. MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 36-44. Ver, também, a contribuição de Franco Todescan, o qual ressalta como a obra *De iure belli ac pacis* é escrita em um período em que são publicadas obras sobre o método, como o *Novum organum* de Francisco Bacon em 1620 e o Discurso do método de René Descartes em 1637: “*Nel De Iure Belli ac Pacis Grozio sostiene che la formulazione del diritto naturale può ricavarsi o a priori o a posteriori; o per deduzione sillogistica da certi principi autoevidenti, sul modello di talune opere della seconda scolastica, di cui il regista di Deft era un grande ammiratore, oppure indagando il consensum omnium gentium, nel senso che un’indagine storica sulle norme giuridiche comuni alle diverse nazioni può consentire di ricavare indutivamente i principi di diritto naturale. Questo ricorso contemporaneo di Grozio al metodo a priori e a posteriori gli ha attirato la critica di sincretismo, cioè di avere giustapposto i due metodi non tanto per particolare vigore del suo pensiero speculativo, quanto viceversa per debolezza e incertezza. Questo può in parte essere vero; tuttavia non è l’unica possibile risposta. Non bisogna infatti dimenticare che Grozio, oltre ad essere un grande giurista, fu anche un famoso teologo, e che tre anni prima del De iure belli, nel 1622 aveva pubblicato uno scritto teologico, il De veritate religionis christianae, nel cui capitolo iniziale affermava (ponendo i presupposti per il suo discorso teologico) che l’esistenza di Dio poteva provarsi in due modi, o attraverso il principio di causalità, oppure attraverso l’indagine del consensus omnium gentium. Pur non volendo disconoscere l’elemento eclettico della metodologia giuridica groziana, esse non nasce come metodologia giuridica, ma come trasposizione ad un’opera giuridica di una metodologia analoga usata dagli studi teologici, che affiana alle prove razionali dell’esistenza di Dio il discorso della traditio (per Grozio traditio e consensus coincidono)*.” TODESCAN, Franco. *Metodo diritto politica*. Lezioni di storia del pensiero giuridico. Bologna: Monduzzi, 2002, p. 113.

<sup>45</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 74.

faculdade, quando é perfeita e aptidão, quando é imperfeita<sup>46</sup>. A importância dessa definição de direito reside em que a mesma equivale ao poder. Com efeito, no entendimento de Macedo,

Uma das maiores diferenças entre o jusnaturalismo medieval e moderno reside na concepção de direito subjetivo, o poder de agir conferido a um indivíduo. A lei natural, para os medievos, representa um ordenamento, um conjunto de deveres que se impõe aos homens. Ela designa tarefas e atividades obrigatórias. Em certo sentido, a lei natural opõe-se à liberdade do ser humano. No máximo, ela estabelece o limite externo dessas liberdades; corresponde aos deveres do indivíduo em relação à comunidade<sup>47</sup>.

Já, o direito Natural moderno, sempre conforme Macedo:

[...], ao contrário, confere ao homem um determinado poder em face de toda a sociedade. O direito subjetivo é sinônimo de poder. Trata-se de uma liberdade que o indivíduo possui mesmo que outro ordenamento jurídico (mormente o positivo) não lhe atribua. A existência desse direito independe do conjunto de leis; sua origem e fundamento repousam no próprio homem, não em algo externo<sup>48</sup>.

Portanto, essa segunda definição de Grócio espelha a tradição do jusnaturalismo, nesse caso de origem laica, postulando a existência de direitos naturais e inatos a homem que nenhuma convenção pode suprimir. Com Grócio começa aquela tradição de direito natural que continua mais tarde com John Locke, Jean Jacques Rousseau e Immanuel Kant, considerando-se também Thomas Hobbes e Samuel Pufendorf como expoentes dessa corrente de pensamento.

A última definição de direito que Grócio fornece é uma definição objetiva de direito (*ius*) como *lex*, como lei, regras objetivas que não são válidas apenas se consideradas conforme a justiça, mas também, se forem compatíveis com outras virtudes<sup>49</sup>. Haggemacher

<sup>46</sup> Como exemplos de faculdade, Grócio cita: poder tanto sobre si mesmos, chamado liberdade, quanto sobre os outros, como o poder paterno, o poder senhoril, o domínio pleno e total ou o domínio menos perfeito, como o usufruto, o direito de penhor, o direito de crédito, ao qual corresponde o débito. GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 74-75.

<sup>47</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 61-62.

<sup>48</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 62.

<sup>49</sup> “Há um terceiro significado da palavra direito, segundo o qual o termo é sinônimo da palavra lei, tomado no sentido mais amplo e que indica uma regra das ações morais que obrigam a quem é honesto. Acharmos que haja obrigação, pois os conselhos e todos os demais preceitos tendo por objeto o honesto, mas não impondo nenhuma obrigação, não são compreendidos sob o nome de lei ou de direito. [...] Dissemos que haveria obrigação ao que é honesto e não simplesmente ao que é justo, porque o direito, segundo a ideia apresentada aqui, não se limita somente aos deveres da justiça, mas abrange ainda o que é objeto de outras virtudes. O que é honesto, contudo, segundo esse direito, é chamado justo, tomando esta palavra em sentido mais amplo.” GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 78.

explica que essa seria a “razão pela qual Grócio prefere designar mais o objeto dessas normas como *rectum* do que *iustum*, uma terminologia ciceroniana que lembra, ao mesmo tempo, a ideia aristotélica de justiça e da virtude geral.”<sup>50</sup>

Em última análise, Grócio trata do tema principal da sua obra, a saber, a guerra, tentando trazer argumentos que comprovam que a guerra não é algo proibido nem pelo direito natural nem pelo direito divino. Sendo a guerra a continuação do processo por outros meios, ele afirma no segundo livro da sua obra que quantos forem os motivos para recorrer ao primeiro, tantos podem ser aplicados à guerra também<sup>51</sup>. Para Grócio, a guerra é um estado, e não uma ação. No terceiro livro intitulado “divisão da guerra em pública e privada”, Grócio afirma que existem três tipologias de guerras: privadas, públicas e mistas: “A guerra pública é aquela que se faz pela autoridade de um poder civil. A guerra privada, aquela que se faz de outro modo. A guerra mista é aquela que é pública de uma parte e privada de outra”<sup>52</sup>. É legítimo fazer uma guerra privada em virtude do fato de ser legítimo, pelo direito natural, rechaçar uma injúria pela força. As guerras privadas seriam legítimas justamente pelo fato de serem aquelas públicas legítimas: os poderes públicos, criação dos seres humanos, não podem possuir direitos que o homem já não possuía<sup>53</sup>.

402

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como é possível perceber da análise desenvolvida ao longo desse trabalho, são muitos os motivos para continuar estudando de forma aprofundada o pensamento e a obra do pensador holandês Hugo Grócio. Seus méritos para o desenvolvimento do direito são diversos, podendo abranger vários âmbitos do mesmo, desde o direito internacional até a filosofia do direito, sem olvidar os aportes realizados no tocante à história do direito. As contingências temporais influenciaram, sem dúvida alguma, o pensamento férvido e a personalidade eclética de Hugo Grócio que testemunha as profundas mudanças pelas quais estava passando a sociedade da época, uma época já não mais caracterizada pelo predomínio

<sup>50</sup> “Raison pour laquelle Grotius préfère désigner l’objet de ces normes comme *rectum* plutôt que simplement comme *iustum*, terminologie ciceronienne rappelant en même temps l’idée aristotélicienne de la justice en tant que vertu générale” HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Genebra: Graduate Institute publications, 1983. Disponível em: <http://books.openedition.org/iheid/605>. Acesso em: 20/06/2015.

<sup>51</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 284.

<sup>52</sup> GROTIUS, Hugo. Op. cit., p. 159.

<sup>53</sup> MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. Op. cit., p. 99.



das instituições supranacionais que, pelo contrário, apareciam cada vez mais frágeis, sendo que, concomitantemente, estavam-se formando os Estados nacionais, criação da Modernidade.

A pretensão de Grócio de proporcionar os meios para uma coexistência pacífica, e se não pacífica, pelo menos respeitosa de algumas regras mínimas, dos Estados da época, não foi a primeira a surgir na história, mas, não se pode duvidar da originalidade e da clara opção do autor no sentido de construir um sistema de direito ‘laicizado’. Agora é a razão mais do que nunca o fundamento do direito natural, uma razão da qual compartilham todos os homens, prescindindo de religião ou outros elementos. Em um mundo profundamente dividido – entre outros, em matéria religiosa – as antigas certezas que desmoronam o fazem em prol, porém, da valorização de uma outra, de que o homem dispõe e que agora põe-se como fundamento inabalável do direito: a razão.

## REFERÊNCIAS

403

BASDEVANT, Jules. Grotius. In: PILLET, Antoine (org.). *Le fondateurs du droit international*. Paris: V. Giard e E. Brière, 1904, p. 155-180.

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of moral and legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1907, p. VIII. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/278>. Acesso em 19/06/2015.

CAVANNA, Adriano. *Storia del diritto moderno in Europa*. Le fonti e il pensiero giuridico. Milano: Giuffrè, 1982.

FASSÒ, Guido. *História de la filosofía del derecho*. La edad moderna. Madrid: Ediciones Pirámide, tradução de José F. Lorca Navarrete, 3 ed, 1968.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del diritto*. Bari: Laterza, 2009.





GROSSI, Paolo. *O direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, tradução de Arno dal Ri Júnior.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, I vol, 2004.

HAGGENMACHER, Peter. *Grotius et la doctrine de la guerre juste*. Genebra: Graduate Institute publications, 1983. Disponível em: <http://books.openedition.org/iheid/605>. Acesso em: 20/06/2015.

HESPANHA, António Manuel. Hugo Grotius. DAL RI, Arno Júnior; VELOSO, Paulo Potiara de Alcântara Veloso, LIMA, Lucas Carlos. *A formação da ciência do direito internacional*. Ijuí: Unijuí, 2014, p. 151-162.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história – lições introdutórias*. São Paulo: Atlas, 2012.

404

MACEDO, Paulo Emílio Vauthier Borges de. *Hugo Grócio e o direito*. O jurista da guerra e da paz. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

SCHMITT, Carl. *The nomos of the Earth in the international law of the Ius publicum europaeum*. New York: Telos Press Publishing, 2006.

TODESCAN, Franco. *Metodo diritto politica*. Lezioni di storia del pensiero giuridico. Bologna: Monduzzi, 2002.

VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Síntese de uma história das ideias jurídicas da Antiguidade clássica à modernidade*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.



ZISKIN, Jonathan. International law and ancient sources: Grotius and Selden. *The review of politics*. Vol. 34, série 4, 1973, p. 537-559.

Submissão: 07/07/2016  
Aceito para Publicação: 22/10/2016

405



## DIREITO AO MEIO AMBIENTE E O NECESSÁRIO CONTROLE DA POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA: A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

### THE RIGHT TO THE ENVIRONMENT AND THE NECESSARY ATMOSPHERIC POLLUTION CONTROL: THE INNOVATION BROUGHT BY THE STATE OF ESPÍRITO SANTO, BRAZIL

Ingrid Zanella Andrade Campos\*

Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha\*\*

**RESUMO:** O presente artigo trata da necessidade de controle e monitoramento ambiental contínuo das fontes de poluição atmosférica. A relevância do tema é notória quando direcionada à saúde humana e à qualidade de vida, razão pela qual, pretende-se analisar a obrigatoriedade e a importância do monitoramento ambiental de fontes de poluição atmosférica. Para tanto, abordar-se-á a previsão constitucional, para posteriormente, ingressar na normatização infraconstitucional. Serão ainda analisados os princípios do meio ambiente que devem ser observados quando em questão o direito ao meio ambiente e o necessário controle da poluição atmosférica. Assim, procura-se estimular a sustentabilidade ambiental, estudos e novas tecnologias que podem ser adotadas pelo órgão ambiental no monitoramento da qualidade ambiental, bem como, evitar atos de poluição ambiental e resguardar o direito ao meio ambiente não poluído.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Ambiental. Poluição Atmosférica. Monitoramento. Controle.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 Princípios do Meio Ambiente. 2 Poluição Atmosférica. 3 Da Obrigatoriedade de Monitoramento Ambiental e da Manutenção da Qualidade Ambiental. 4 Da Modelagem Matemática como Instrumento de Monitoramento Ambiental: A Inovação trazida pelo Estado do Espírito Santo. 5 Dos Limites de Emissão de Poluentes Atmosféricos. Considerações Finais. Referências.

**ABSTRACT:** This present article considers the need of control and continuous environmental monitoring of air pollution sources. The relevance of the subject, which involves environmental monitoring of atmospheric emissions, is notorious when related to human health and quality of life, which is why we intend to analyze the requirement and importance of environmental monitoring of air pollution sources. In this way, will be consider the constitutional provision, to subsequently join the infra constitutional law. It will be further analyzed the principles of the environment that must be observed when in question the right to the environment and the need to control the air pollution. Therefore, pretend to encourage environmental sustainability, studies and new technologies that can be adopted by the environmental agency in monitoring the environmental quality, such as well, avoid acts of environmental pollution and protect the right to an unpolluted environment.

**KEYWORDS:** Environmental Law. Air Pollution. Environmental Monitoring. Control.

## INTRODUÇÃO

O monitoramento ambiental de atividades econômicas tornou-se uma necessidade e um dever jurídico, com vistas a manutenção da qualidade ambiental e garantia da qualidade de vida das presentes e futuras gerações. Isto porque, a poluição ambiental, como restará esclarecido, é produzida pelo homem e está diretamente relacionada com os processos de

\* Doutora e mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora Adjunta da Universidade Federal de Pernambuco (UFPE) e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Pernambuco.

\*\* Pós-Doutora pela New School of Social Research, New York, Estados Unidos. Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade Damas da Instrução Cristã, Pernambuco, e da Faculdade Integrada de Pernambuco (FACIPE).

industrialização, sendo classificada como sonora, visual, atmosférica, da água, do solo e nuclear. Entretanto, presente artigo cinge-se a poluição atmosférica que afeta as condições do ar e possui fontes fixas e móveis. O ar, elemento abiótico do meio ambiente, está ligado ao processo de respiração, fotossíntese, transpiração, aos fenômenos climáticos e meteorológicos, além de ter significado econômico, biológico e ecológico. O controle de sua qualidade tem a ver com as funções ecológicas e sociais que desempenha no contexto da vida terrestre (MILARE, 2013, p. 516). Portanto, a relevância do tema, que envolve o monitoramento ambiental de emissões atmosféricas, é notória quando direcionada à saúde humana e à qualidade de vida, razão pela qual, pretende-se destacar a obrigatoriedade e a importância do monitoramento ambiental de fontes de poluição atmosférica.

O estudo em comento foi desenvolvido através da pesquisa bibliográfica, constituída por livros e artigos científicos, bem como da análise da doutrina e legislação pertinente. Nesse sentido, o trabalho lida com premissas gerais aplicadas à poluição, ao monitoramento, aos princípios ambientais, à competência ambiental de forma ampla, buscando aplicar ao caso específico da poluição atmosférica e da importância do monitoramento ambiental. Desta forma, por ser tratar de um estudo jurídico aplicado, o método utilizado foi marcadamente o dedutivo, partindo-se de uma ideia geral para conclusões específicas ao objeto do presente estudo.

Inicialmente, pretende-se firmar um entendimento sobre a poluição atmosférica, por intermédio de uma fundamentação doutrinária e legal. Em seguida, ingressar no monitoramento ambiental, bem como na questão afeta à competência material ambiental, considerando que o exercício dos instrumentos de monitoramento e controle de poluição, bem como o dever de manter a qualidade ambiental, estão relacionadas ao exercício da competência constitucional administrativa ambiental. Para melhor embasar o presente estudo, será analisada a modelagem matemática como instrumento eficaz de monitoramento ambiental, em especial a inovação trazida pela legislação do estado do Espírito Santo.

## 1 PRINCÍPIOS DO MEIO AMBIENTE

A questão ambiental é matéria de interesse mundial e, em decorrência da diversidade crescente dos problemas ambientais, no campo jurídico vem sendo instituídos princípios, que atuam como alicerce para o Direito Ambiental, orientando a aplicação das normas jurídicas

aplicáveis a essa matéria. Assim, o Direito Ambiental conta com princípios próprios que o diferenciam dos demais ramos do direito, além de se socorrer de princípios de outras disciplinas jurídicas e de outras ciências, como é o caso daqueles específicos do Direito Constitucional e Administrativo e da Biologia, dentre outros.

Os princípios, sejam de forma explícita ou não, encontram-se presentes em declarações internacionais, em texto constitucional, em normas infraconstitucionais ou em formulações teóricas tratadas na doutrina. As declarações internacionais relativas às questões ambientais constituem atualmente importante instrumento de materialização de novos conceitos e princípios gerais e, uma vez adotados, passam a influenciar toda a formulação subsequente do Direito, seja no plano internacional, seja no plano da ordem jurídica interna (MELLO, 1980, p. 299/300). Nesse sentido, a Conferência promovida pela Organização das Nações Unidas (ONU), realizada em Estocolmo, em junho de 1972, que contou com participação de vários países, dentre os quais o Brasil, diante da necessidade constatada de se estabelecer princípios comuns que servissem aos povos do mundo como inspiração e orientação para a preservação e melhoria ambiental, elaborou a Declaração Sobre o Meio Ambiente Humano, também conhecida como a Declaração de Estocolmo. A mencionada Declaração firmou 26 princípios considerados fundamentais à proteção do meio ambiente, os quais influíram na formulação da legislação nacional, como exemplo a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e o próprio texto da Constituição Federal de 1988.

A segunda Conferência promovida pela ONU sobre meio ambiente, realizada no Rio de Janeiro em 1992, tendo como tema central o Ambiente e Desenvolvimento Humano, resultou na celebração de vários documentos, entre eles a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, que proclamou 27 princípios. Os princípios ambientais fixados nas referidas Declarações internacionais têm sido recepcionados na legislação brasileira, como se verá a seguir.

O princípio do acesso equitativo aos recursos naturais corresponde a observância do Princípio 1 da Declaração do Rio/1992, no sentido de que, muito embora os seres humanos constituam o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento a natureza também deve ser alvo de atenção, pois é dela que o homem obtém os meios para sobreviver. Por conseguinte, é preciso estabelecer normas que disciplinem o uso racional dos recursos naturais, dentre elas normas de controle e monitoramento da poluição atmosférica. Esse

princípio é observado em vários diplomas legais pátrios, a exemplo da Lei da PNMA (art.4º, I, II e III), da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012 (art. 1º, 4º, 12, 26, entre outros).

O princípio da precaução foi consagrado na Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Princípio 15. Orienta que os Estados devem adotar medidas de precaução visando evitar danos irreparáveis ao meio ambiente, de forma que a ausência de absoluta certeza científica não deve ser utilizada como motivo para postergar providências eficazes em decorrência das despesas para evitar a degradação ambiental. Destarte, o princípio da precaução tem como característica a incerteza do dano ambiental. O mencionado princípio se aplica nos casos que o perigo é abstrato, potencial, onde existem evidências que levem a considerar uma determinada atividade perigosa (LEITE; AYALA, 2002, p. 22). Nesse sentido, no que diz respeito ao tema do presente trabalho, mesmo diante de incertezas quanto à capacidade de determinada atividade vir a causar poluição atmosférica, medidas de precaução devem ser adotadas.

Segundo Maria Luiza Granziera, o princípio da precaução determina que não se licencie uma atividade, toda vez que não se tenha certeza de que ela não causará danos irreversíveis ao meio ambiente (GRANZIERA, 2011, p. 62). Isso importa em afirmar que enquanto houver controvérsias no plano científico, no tocante aos efeitos nocivos de determinada atividade sobre o meio ambiente, em observância a esse princípio o empreendimento deverá ser evitado. Esse princípio está previsto na Constituição brasileira, por exemplo, quando exige prévio estudo de impacto ambiental para licenciamento de atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente (art. 225, §1º, IV). Logo, em conformidade com o princípio da precaução, é imprescindível prevenir as ocorrências de danos ambientais antes mesmo que eles aconteçam e, em caso de dúvidas sobre os efeitos nocivos ao meio ambiente sobre a implantação de uma determinada atividade, deve-se sempre optar pela proteção do meio ambiente.

Por outro lado, o princípio da prevenção parte da suposição de que a reparação ou a recomposição do meio ambiente desequilibrado é, na maior parte das vezes, difícil, ou até impraticável, além de demasiadamente onerosa. Por isso, devem ser adotadas medidas preventivas com vistas a evitar ou minimizar o máximo possível a ocorrência de danos ambientais. Esse princípio está inscrito na Declaração do Rio/1992 (Princípio 17) e na Declaração de Estocolmo de maneira implícita (Princípios 2, 3, 5, 6 e 7). A diferença entre o princípio da prevenção e o da precaução está na avaliação do risco que ameaça o meio

ambiente. A precaução é considerada quando o risco é elevado, tão elevado que a certeza científica deve ser exigida antes de se adotar uma ação corretiva. Assim esse será aplicado nos casos em que qualquer atividade possa resultar em danos duradouros ou irreversíveis (KISS, 2004, p. 11).

Conforme Prieur (1996, p. 700) a prevenção consiste em impedir a superveniência de danos ao meio ambiente por meio de medidas apropriadas, ditas preventivas, antes da elaboração de um plano ou da realização de uma obra ou atividade. O estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, o monitoramento, inclusive da poluição atmosférica, licenciamento ambiental, a avaliação de impactos ambientais, o zoneamento ambiental, a criação de espaços especialmente protegidos pelo Poder Público e os demais instrumentos da Lei da PMNA (art.9º) contemplam esse princípio. Nesse sentido, havendo uma análise prévia dos impactos que um determinado empreendimento possa causar ao meio ambiente, é possível, adotando-se medidas compensatórias e mitigadoras, e mesmo alterando-se o projeto, se for o caso, assegurar a sua realização, garantindo-se os benefícios econômicos dele decorrentes, sem causar danos ao meio ambiente (GRANZIERA, 2011, p. 61).

411

O princípio da responsabilização e reparação das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, previsto no Princípio 13 da Declaração do Rio de Janeiro/1992, estabelece que os Estados devem estabelecer em suas legislações a obrigação de o poluidor reparar o dano ambiental e de promover a indenização das possíveis vítimas. O Brasil adotou na Lei de Política Nacional do Ambiental a responsabilidade objetiva ambiental (arts. 3º, IV, e14), a qual foi ratificada pela Constituição Federal (art. 225, §3º). De acordo com a previsão constitucional, a partir de um ato poluidor, há possibilidade de responsabilidade simultânea nas esferas civil, penal e administrativa da pessoa física ou jurídica, em relação a um mesmo ato danoso, o que se aplica, também às atividades causadoras de poluição atmosférica.

O princípio da cooperação em matéria ambiental se aplica em dois níveis: no âmbito internacional e nacional. No campo internacional, esse princípio está assentado no entendimento de que as atividades degradadoras ambientais podem ultrapassar os limites territoriais de um país e repercutir no domínio de outros Estados, uma vez que o meio ambiente é um todo interligado e interdependente. Desse modo todos os Estados devem cooperar na defesa do meio ambiente. Tal situação é evidente quando se trata de poluição atmosférica, dada a impossibilidade de contenção da poluição na área onde a mesma foi gerada. Na Declaração de Estocolmo, os Princípios 17 e 24 ressaltam a importância dessa



cooperação internacional na seara ambiental, como também o Princípio 27 da Declaração do Rio/1992. Para concretização da cooperação internacional em matéria ambiental, é imprescindível que os Estados repassem informações entre si nos casos de possíveis ou efetivas ocorrências de danos ambientais capazes de ocasionar prejuízos transfronteiriços, promovam o auxílio mútuo, entre outras medidas.

No plano nacional, a cooperação entre o Poder Público e a sociedade na defesa do meio ambiente tem sua previsão no Princípio 10 da Declaração do Rio/1992. Esse princípio está, também, consagrado no caput do art. 225 da Constituição Federal, quando impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente para às presentes e futuras gerações. O artigo 241 da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, também dispõe sobre esse princípio de forma mais ampla. Além disso, há a previsão na Lei nº 6.938/1981, em seu art. 2º, incisos I e X.

Cooperar é agir conjuntamente. É somar esforços. A cooperação surge como uma palavra-chave quando há um inimigo a combater, seja a pobreza, a poluição, a seca, ou ainda a reconstrução de um Estado ou de uma região. Na luta contra a poluição e a degradação do meio ambiente, cabem aos Estados atuar de forma coordenada, para evitar a ocorrência de danos, assim como para racionalizar as medidas de proteção que se fizerem necessárias (GRANZIERA, 2011, p. 64).

O princípio da participação popular na proteção do meio ambiente se encontra previsto expressamente no Princípio nº 10 da Declaração do Rio/1992 e também na Carta Magna brasileira, no caput do art. 225. Parte da premissa que o meio ambiente equilibrado é um bem de uso comum de todos, conferindo, portanto, ao Poder Público e à coletividade o dever de promover a sua proteção, na busca por melhor qualidade de vida para as atuais e para as futuras gerações. Com vistas a efetivar a participação da sociedade nos tratos das questões ambientais, o legislador brasileiro criou vários mecanismos, como exemplo: a audiência pública prevista no processo de licenciamento ambiental, a participação de representantes da coletividade em órgãos colegiados com poderes normativos e/ou deliberativos responsáveis pela formulação de diretrizes e pelo acompanhamento da execução de políticas públicas, a ação civil pública e a ação popular, a consulta pública, dentre outros meio legais (Lei nº 7.347, de 24/07/1985, Lei nº 4.717, de 19/06/1965, Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, arts. 22, §2º, e 30).

O princípio poluidor-pagador ou da responsabilização tem sua definição no inciso IV do art. 3º da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que diz: poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental. De acordo com o princípio poluidor-pagador, ou da responsabilização, o poluidor, pessoa física ou jurídica, é obrigado a recuperar ou indenizar o ambiente degradado, independentemente de culpa. A responsabilidade objetiva do poluidor pelos danos ambientais causados é, independentemente da existência de culpa, bastando apenas a ocorrência do fato danoso. Isto importa na reparação integral do prejuízo causado, que tem como objetivo primordial assegurar a recomposição do meio ambiente danificado, na medida do possível, no estado em que se encontrava antes da ocorrência do dano. Também o princípio do poluidor-pagador está expressamente agasalhado pelo art. 225, § 3º, da Constituição Federal. Em nenhuma hipótese esse princípio significa pagar para poluir. Seu significado refere-se aos custos sociais externos que acompanham a atividade econômica que devem ser internalizados, isto é, devem ser considerados pelo empreendedor e computados no custo do produto final (GRANZIERA, 2011, p. 70).

413

O princípio usuário-pagador significa que o utilizador de recursos ambientais deve suportar os custos destinados a tornar possível a utilização desses bem, ou ainda de arcar com os custos de medidas preventivas e de controle da poluição. Refere-se ao uso autorizado de um recurso ambiental, observadas as normas vigentes, inclusive os padrões legalmente fixados. Trata-se de pagar pelo uso privativo de um recurso ambiental de natureza pública, em face de sua escassez, e não como penalidade decorrente de ato ilícito (GRANZIERA, 2011, p. 71). Essa obrigação está consubstanciada no fato de que os recursos ambientais são escassos, ocasionando seu consumo degradação, devendo o usuário do bem ambiental arcar com os encargos financeiros correspondentes. O art. 4º, VII da Lei nº 6.938/1981 prevê essa obrigação.

O princípio da publicidade objetiva a tornar público os atos emanados pelo Poder Público que sejam de interesse da sociedade. Esse princípio está previsto no art. 37 da CF/88, como um dos princípios que regem a Administração Pública, sendo forma de dar transparência às atividades do Poder Público e requer linguagem adequada, apta a transmitir a mensagem (TAVARES, 2006, p. 635). Na seara ambiental, como o meio ambiental é um bem de natureza difusa que diz respeito a todos, qualquer decisão governamental que trate da matéria deve ser amplamente divulgada para conhecimento e possível manifestação da

coletividade interessada. Esse princípio está expressamente mencionado no Princípio 10 da Declaração do Rio/1992, na Constituição Federal, em seus arts. 37 e 225, §1º. IV. Da mesma forma, a legislação infraconstitucional é farta no tratamento dessa matéria, pelo que se cita como exemplo: a Lei nº 9784, de 29 de janeiro 1999 (arts. 2º, V, 26). Já o princípio da informação está relacionado ao fato de que o direito à informação é direito público subjetivo, o que significa que pertence ao indivíduo reivindicar um direito que tem previsão em lei. Pode ser a solicitação da prestação de um serviço, ou o esclarecimento sobre determinadas questões, ou o acesso a documento de seu interesse, entre outras condutas afetas aos representantes do Poder Público. Esse princípio se subdivide em: direito de informar, de se informar e de ser informado. O mencionado princípio encontra-se destacado em vários diplomas legais, como por exemplo, incisos V, XIV e XXIII do art. 5º da Constituição Federal.

A informação compreende duas vertentes: de um lado, o direito de todos terem acesso às informações em matéria de meio ambiente (art. 5º, incs. XIV, XXXIII e XXXIV, da CF e art. 114 da CE; art. 14, inc. I, do Decreto 99.274/90; art. 8º da Lei 7.347/85); e, de outro lado, o dever de o Poder Público informar a população acerca do estado do meio (art. 4º, inc. V, e 9º, incs. X e XI, da Lei 6.938/81; art. 193, inc. V, da CE e art. 6º da Lei 7.347/85).

Com relação à educação é relevante sua importância como método de conscientização e estímulo à participação (art. 225, § 1º, inc. VI, da CF, art. 2º, inc. X, da Lei 6.938/81 e art. 193, inc. XV, da CE).

O princípio do desenvolvimento sustentável teve seu fundamento no Princípio nº 13 da Conferência de Estocolmo/1972. Contudo a expressão desenvolvimento sustentável foi empregada no Relatório Brundtland, nos seguintes termos (GRANZIERA, 2011, p. 54):

Em essência, o desenvolvimento sustentável é um processo de transformação no qual a exploração dos recursos, a direção dos investimentos, a orientação do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional se harmonizam e reforçam o potencial presente e futuro, s fim de atender as necessidades e aspirações humanas.

Esse princípio decorreu dos efeitos prejudiciais decorrentes do modelo do desenvolvimento econômico adotado mundialmente que não levava em consideração a necessidade de salvaguardar os recursos naturais, dentre eles a atmosfera. O desenvolvimento sustentável é aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades. Esse modelo de

desenvolvimento pressupõe a integração harmônica entre crescimento econômico, justiça social e equilíbrio ecológico. Espelha, igualmente, a preocupação mundial em promover o desenvolvimento econômico e social de forma ecologicamente sustentado, que atende às necessidades das gerações presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de prover às próprias necessidades. Essa premissa do desenvolvimento sustentável deve fazer parte das políticas públicas e das atividades econômicas promovidas pela sociedade. Na Constituição Federal, o princípio do desenvolvimento sustentável encontra-se delineado no artigo 225, caput, e o artigo 170, inciso VI, da Carta Magna tem também esculpido esse princípio demonstrando claramente a preocupação do legislador em proteger o meio ambiente, não obstante a importância do desenvolvimento econômico para o país.

Ante o explanado, denota-se a importância de se observar os mencionados princípios ambientais que buscam conferir harmonia ao sistema jurídico, de forma a assegurar a boa aplicação das normas jurídicas voltadas proteção do meio ambiente, inclusive no que diz respeito à necessidade de controle da poluição atmosférica. Conforme será analisado posteriormente, o Estado do Espírito Santo trouxe uma inovação quanto ao monitoramento dos atos de poluição do ar. Todavia, tendo em vista que tal instrumento inovador ainda carece de regulamentação, quando esta vier a ser desenvolvida terá que observar os princípios do direito ambiental.

415

## 2 POLUIÇÃO ATMOSFÉRICA

A expressão meio ambiente tem sua definição estabelecida na Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), cuja previsão inclui seus fins e mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. A mencionada Lei, no inciso I do art. 3º, conceitua o meio ambiente como sendo: “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Segundo o inciso V, do mesmo artigo da Lei da PNMA, o meio ambiente natural compreende: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora (denominados recursos ambientais). Inicialmente, torna-se necessário esclarecer que o recurso ar atmosférico, integrante dos recursos ambientais naturais, interessa

diretamente a todos os seres vivos e também a seres inorgânicos, como a água, deste modo ele é naturalmente indispensável (MILARE, 2013, p. 517).

No que tange à degradação e à poluição a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981) os definiu, de forma abrangente, visando proteger não só o meio ambiente, mas também a sociedade, a saúde e a economia, no art. 3º, incisos II e III. Assim a degradação da qualidade ambiental pode ser entendida como a alteração adversa das características do meio ambiente. Por sua vez, a poluição é a espécie da degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota ou as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. A poluição do ar resulta da alteração das características físicas, químicas ou biológicas da atmosfera, de forma a causar danos ao ser humano, à fauna, à flora e aos materiais, além de afetar negativamente o bem-estar da população e restringir o pleno uso e gozo da propriedade (MILARE, 2013, p. 517). A poluição atmosférica é, então, a modificação da composição química do ar, que venha causar prejuízo ao equilíbrio do meio ambiente, com efeitos danosos a saúde dos seres vivos e demais recursos naturais, onde o nível da poluição atmosférica é medida pela quantidade das substâncias poluentes presentes.

416

De acordo com a Resolução nº 003, de 28 de junho de 1990, poluente atmosférico é qualquer forma de matéria ou energia com intensidade e em quantidade, concentração, tempo ou características em desacordo com os níveis estabelecidos, e que tornem ou possam tornar o ar: impróprio, nocivo ou ofensivo à saúde, inconveniente ao bem-estar público, danoso aos materiais, à fauna e flora, e prejudicial à segurança, ao uso e gozo da propriedade e as atividades normais da comunidade. Por sua vez poluente atmosférico deve ser entendido como qualquer forma de matéria ou energia com intensidade e em quantidade, concentração, tempo ou características em desacordo com os níveis estabelecidos, e que tornem o ar: impróprio, nocivo ou ofensivo à saúde; inconveniente ao bem-estar público; danoso aos materiais, à fauna e flora; prejudicial à segurança e ao uso e gozo da propriedade e às atividades normais da comunidade.

Segundo o Ministério do Meio Ambiente a poluição atmosférica pode ser dividida em duas ordens, em relação às fontes de emissão: as provenientes de fontes fixas e aquelas oriundas de fontes móveis. As fontes fixas são aquelas que ocupam uma área limitada,

permitindo uma avaliação direta na fonte, por sua vez as fontes móveis são as que se dispersam pela comunidade, não sendo possível a avaliação na base de fonte por fonte (MMA, 2014). As fontes fixas, assim, referem-se às atividades da indústria de transformação, mineração e produção de energia através de usinas termelétricas. No contexto urbano, a poluição atmosférica é causada pela ação antrópica proveniente de fontes estacionárias, como as indústrias. Segundo a Resolução CONAMA n° 382, de 26 de dezembro de 2006, fontes fixas (estacionárias) de emissão são qualquer instalação, equipamento ou processo, situado em local fixo que libere ou emita matéria para a atmosfera, por emissão pontual ou fugitiva, por exemplo, as chaminés de uma indústria, emissões de processos termoelétricos, caldeiras, dutos para liberação de gases de aterros sanitários.

Entre os efeitos globais desse tipo de poluição, pode-se citar: chuvas ácidas, redução da camada de ozônio, efeito estufa, entre outros. Além de alterar diferentemente a qualidade da vida e representar uma ameaça ao ecossistema. Portanto, cada vez mais torna-se importante o controle e monitoramento das fontes de poluição atmosférica, como a seguir será abordado, tendo em vista que apenas a partir da Revolução Industrial esse tipo de poluição começou a ser considerado como um problema diretamente relacionado a questão da saúde pública, pois nessa época começaram a ser adotadas técnicas ligadas a queima de carvão, lenha e, posteriormente, óleo combustível.

417

### **3 DA OBRIGATORIEDADE DE MONITORAMENTO AMBIENTAL E DA MANUTENÇÃO DA QUALIDADE AMBIENTAL**

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira a tratar expressamente sobre o meio ambiente, dedicando o Capítulo VI, do Título da Ordem Social, exclusivamente a essa matéria, além de abordar dessa temática em outros artigos do texto constitucional. Em conformidade com o preceito constitucional retro, o meio ambiente não poluído, ou seja, ecologicamente equilibrado, passou a ser considerado um direito fundamental, decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana estabelecida no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. De tal modo, a Constituição positivou os alicerces do constitucionalismo ecológico, atribuindo o direito ao ambiente o status de direito fundamental, com fundamento, ainda, na dignidade da pessoa humana que abrange a ideia de bem-estar ambiental e qualidade de vida.

As primeiras constituições objetivavam resguardar o cidadão contra governantes arbitrários, penas vexatórias ou cruéis, e apropriação da propriedade sem justa causa ou indenização. Hoje, no mundo civilizado, as pessoas comuns mais do que com a ameaça às suas liberdades, assustam-se, dentre outros malefícios, em particular com a contaminação da água que bebemos, do ar que respiramos e dos alimentos que ingerimos. É inegável que a atualidade e gravidade desses riscos, que afetam ou podem afetar todos os membros da comunidade, indistintamente, riscos que integram a esfera daquilo que poderíamos apelidar de segurança ambiental, bem de cunho coletivo. (BENJAMIN, 2002, p.89)

Logo, a Constituição Federal reconhece o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito humano e fundamental, visando ao desenvolvimento sustentável mediante a racionalização do uso dos recursos ambientais, da preservação e recuperação do meio ambiente e do controle da poluição e da degradação ambiental. Conseqüentemente, nos termos constitucionais, não devem prevalecer as atividades decorrentes da iniciativa privada e pública que violem a proteção do meio ambiente. Isso constitui um grande avanço na tutela ambiental, em outras palavras, a propriedade privada, base da ordem econômica constitucional, deixa de cumprir sua função social, elementar para sua garantia constitucional, quando se insurge contra o meio ambiente.

Édis Milaré (2013, p. 520) explica que a constituição conferiu amplíssima proteção ao ar atmosférico e aos órgãos legalmente responsáveis, para que possam controlar as atividades capazes de poluí-lo. Igualmente, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA, Lei nº 6.938/1981) tem como objetivo geral a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana. Entre os objetivos específicos da PNMA destacam-se: a compatibilização do desenvolvimento econômico social, com preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico, e estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental e de normas relativas ao uso e manejo dos recursos ambientais etc. Entre os princípios da PNMA merece destacar o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais, o acompanhamento do estado da qualidade ambiental e incentivos ao estudo e à pesquisa de tecnologias orientadas para o uso racional e a proteção dos recursos ambientais (art. 2º).

De acordo com a PNMA, são instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: estabelecimento de padrões de qualidade ambiental, zoneamento ambiental, avaliação de impactos ambientais, o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, os incentivos à produção e instalação de equipamentos e a criação ou absorção de

tecnologia, voltados para a melhoria da qualidade ambiental, a criação de espaços territoriais especialmente protegidos, sistema nacional de informações sobre o meio ambiente, Cadastro Técnico Federal de Atividades e Instrumentos de Defesa Ambiental, as penalidades disciplinares ou compensatórias ao não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção da degradação ambiental, instituição do Relatório de Qualidade do Meio Ambiente, garantia da prestação de informações relativas ao Meio Ambiente, Cadastro Técnico Federal e instrumentos econômicos.

Sendo assim, entende-se por monitoramento ambiental o conhecimento e acompanhamento sistemático da situação dos recursos ambientais dos meios físico e biótico, visando a recuperação, melhoria ou manutenção da qualidade ambiental. Por sua vez, a qualidade ambiental está relacionada ao controle de variáveis ambientais, que se alteram, seja em função das ações antrópicas, seja em função de transformações naturais (MMA). Monitorar é observar em determinado período de tempo se as condições de um equipamento estão dentro dos padrões ambientais estabelecidos pelo órgão competente, assim é forma de constatar a regularidade de exercício de um empreendimento. O monitoramento é um instrumento, de suma importância, de controle e avaliação ambiental, que pode ser desenvolvido pelo particular e/ou pelo Poder Público. Os resultados são imprescindíveis na definição de políticas públicas, em ações de recuperação ambiental e em projetos ambientais.

A operação dos instrumentos de monitoramento e controle de poluição, bem como o dever de manter a qualidade ambiental, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela autoridade competente, está relacionada ao exercício da competência constitucional administrativa ambiental, a seguir explanada.

No que tange à degradação e à poluição destaca-se a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/1981), que os definiu, de forma abrangente, visando proteger não só o meio ambiente, mas também a sociedade, a saúde e a economia, no art. 3º, incisos II e III. Assim degradação da qualidade ambiental pode ser entendida como a alteração adversa das características do meio ambiente. Por sua vez, a poluição é a espécie da degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; afetem desfavoravelmente a biota ou as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Entre as normas de prevenção e controle de poluição destaca-se o dever de



manter a qualidade ambiental, em conformidade com os parâmetros estabelecidos pela autoridade competente.

Quanto ao estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental aponta-se o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que é órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), foi instituído pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. O CONAMA possui competência, entre outras, as de estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, entre esses o recurso natural atmosférico.

Entre as resoluções do CONAMA pertinentes, destaca-se a Resolução CONAMA nº 382, de 26 de dezembro de 2006, que estabelece os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas; e a Resolução CONAMA nº 003 de 28 de junho de 1990, que institui o Programa Nacional de Controle da Qualidade do Ar (PRONAR). Destaca-se que a Resolução nº 003/1990 disciplina que o monitoramento da qualidade do ar é atribuição dos estados (art. 5º). No mesmo sentido especifica a Resolução CONAMA nº 05, de 15 de junho de 1989, ao estabelecer que aos Estados compete o estabelecimento e a implementação dos Programas Estaduais de Controle da Poluição do Ar, sendo possível a adoção pelos Estados de valores mais rígidos em relação aos níveis máximos de emissão. Segundo disciplina a Resolução CONAMA nº 382, de 26 de dezembro de 2006, a verificação do atendimento aos limites de emissão deverá ser efetuada conforme métodos de amostragem e análise especificados em normas técnicas cientificamente reconhecidas e aceitas pelo órgão ambiental licenciador.

420

#### **4 DA MODELAGEM MATEMÁTICA COMO INSTRUMENTO DE MONITORAMENTO AMBIENTAL: A INOVAÇÃO TRAZIDA PELO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO**

De forma inovadora, o Estado do Espírito Santo, seguindo as diretrizes da legislação federal, instituiu a Decreto nº 3.463, de 16 de dezembro de 2013, estabelecendo novos padrões de qualidade do ar, e demais providências correlatas. De acordo com o referido Decreto estadual a gestão da qualidade do ar será realizada pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente - SEAMA como órgão gestor e o pelo Instituto Estadual de Meio Ambiente - IEMA como órgão executor, e terá como meta o atendimento aos padrões de qualidade do ar, considerando

o respeito aos limites máximos de emissão e exigências complementares efetuadas pelo IEMA. Da mesma forma, a SEAMA, em conjunto com o IEMA, estabelecerá, conforme a vigência de cada padrão de qualidade do ar, um Plano Estratégico de Qualidade do Ar (PEQAr), com o objetivo de definir instrumentos, diretrizes e ações a serem realizadas visando o atendimento dos padrões de qualidade. Tal Plano até o momento não foi apresentando, estando em fase de revisão e análise pelos órgãos competentes.

Entre os diversos instrumentos, diretrizes e ações instituídos pelo Decreto e que serão contidos no PEQAr destaca-se: a modelagem matemática e estocástica de poluentes. Entretanto, mesmo havendo a previsão legal, não há no Estado do Espírito Santo, nem mesmo em qualquer outra legislação brasileira, norma técnica ou regulamento que apresente os requisitos de desenvolvimento mínimos a serem adotados.

Percebe-se que o Estado do Espírito Santo instituiu pioneiramente, como instrumento de monitoramento e manutenção da qualidade do ar, a modelagem matemática, trazendo para o universo jurídico um modelo técnico e altamente eficaz. Neste momento surge, então, a questão a ser analisada: como a modelagem matemática pode ser revalidada juridicamente e tecnicamente como método de amostragem e análise, para, posteriormente, ser cientificamente reconhecida e aceita pelo órgão ambiental competente. Ocorre que a modelagem matemática deve ser entendida como a aplicação de modelos matemáticos que utilizam os fenômenos da natureza através de equações, que necessitam do uso de coeficientes obtidos por medições na natureza. No caso da medição atmosférica são avaliados diversos fatores simultaneamente, como, por exemplo e não apenas: emissões, meteorologia, temperatura, estabilidade atmosférica, altura de mistura, direção e velocidade do vento e topografia. Entre os resultados diretos esperados da modelagem matemática, cita-se: avaliar a parcela de poluição, cujas emissões podem ser estimadas; verificar a contribuição da fonte; determinar as áreas de maior impacto, considerando todos os fatores meteorológicos e com os efeitos topográficos; definir quais os poluentes merecem ser monitorados; avaliar impactos futuros das fontes, entre outros.

Importante ressaltar que mesmo havendo o dever legal de o órgão ambiental licenciador controlar e monitorar a poluição atmosférica, bem como de instituir condicionantes em sede de autorizações e licenças, inexistente norma específica no Brasil que regulamente ou reconheça o método de pesquisa através da modelagem matemática, bem como sua aplicação a poluição ambiental. Apenas o Decreto estadual do ES nº 3.463, de 16 de

dezembro de 2013, instituiu a modelagem matemática como instrumento de controle ambiental, sendo, assim, o marco legal do referido modelo.

As exigências, condicionantes e validações ambientais para se constituírem como válidas devem decorrer de previsão estabelecida em norma legal, ou devidamente justificada pela autoridade competente, com base em pronunciamento ou normas técnicas cientificamente reconhecidas. Tal obrigação administrativa decorre, primeiramente, da Constituição Federal que institui o princípio da legalidade, no art. 5º, II (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei). Portanto, a verificação do atendimento aos limites de emissão e o monitoramento desses limites deve ser efetuado através de métodos especificados em normas técnicas cientificamente reconhecidas e aceitas pelo órgão ambiental licenciador. Adverte-se que o órgão ambiental competente poderá, a qualquer momento, mediante fundamentação técnica e científica reconhecer métodos e tecnologias inovadoras de pesquisa, como é o caso da modelagem matemática, como métodos aceitos e reconhecidos ambientalmente e juridicamente, desde que haja um processo científico de validação, devidamente motivado e fundamentado.

422

Desta forma, como meio de primar pelo direito ao meio ambiente não poluído, incube ao Poder Público e à sociedade o dever de manter e restaurar a qualidade ambiental, incluindo o meio ambiente atmosférico, inclusive através do estudo de novas tecnologias ou da aplicação de tecnologias já existentes no monitoramento ambiental.

Sendo assim, quanto a obrigatoriedade da aplicação da modelagem matemática às fontes de poluição atmosférica, não restam dúvidas no que concerne ao Estado do Espírito Santo, apenas. Como análise aplicada, acredita-se que este Estado demande de atenção especial, em decorrência da poluição atmosférica, pelo que se justifica a aplicação da modelagem matemática nesse caso em específico. Entretanto, mesmo existindo o referido Decreto estabelecendo a obrigatoriedade da modelagem matemática não há norma regulamentadora ou nota técnica afeta a forma de desenvolvimento ou competência para validação ou reconhecimento, descumprindo-se o requisito da legalidade. Tal problemática se torna ainda mais importante para possibilitar a adoção de modelos matemáticos para controle e monitoramento da poluição por parte de outros estados da federação; bem como para assessorar o próprio Estado do Espírito Santo a reconhecer e validar os modelos desenvolvidos e aplicados às fontes de poluição já conhecidas.

## 5 DOS LIMITES DE EMISSÃO DE POLUENTES ATMOSFÉRICOS

O estabelecimento de critérios e padrões de qualidade ambiental fica a cargo do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), que é órgão consultivo e deliberativo do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) e foi instituído pela Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. O CONAMA possui competência, entre outras, as de estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, entre esses o recurso natural atmosférico. Desta forma, os padrões de qualidade do ar foram instituídos através da Resolução nº 003, de 28 de junho de 1990. A referida Resolução estabelece que são padrões de qualidade do ar as concentrações de poluentes atmosféricos que, ultrapassadas, poderão afetar a saúde, a segurança e o bem-estar da população, bem como ocasionar danos à flora e à fauna, aos materiais e ao meio ambiente em geral.

A Resolução nº 003/1990 trata de dois tipos de padrões de qualidade do ar, os primários e secundários. Os padrões primários de qualidade do ar são as concentrações de poluentes que, ultrapassadas, poderão afetar a saúde da população, por sua vez, os secundários são as concentrações de poluentes abaixo das quais se prevê o mínimo efeito adverso sobre o bem-estar da população, assim como o mínimo dano à fauna, à flora, aos materiais e ao meio ambiente em geral. Entre as resoluções do CONAMA pertinentes, destaca-se, ainda, Resolução CONAMA nº 05, de 15 de junho de 1989, que institui o Programa Nacional de Controle da Qualidade do Ar (PRONAR), com o objetivo de promover o controle da poluição atmosférica, envolvendo o estabelecimento de padrões de qualidade do ar e de emissão na fonte, a implementação de uma política de prevenção de deterioração da qualidade do ar, a implementação da rede nacional de monitoramento do ar e o desenvolvimento de inventários de fontes e poluentes atmosféricos prioritários.

O PRONAR adota os seguintes instrumentos de apoio: limites máximos de emissão; padrões de qualidade do ar; Programa de Controle da Poluição do Ar por Veículos - PROCONVE; Programa Nacional de Controle da Poluição Industrial - PRONACOP; Programa Nacional de Avaliação da Qualidade do Ar; Programa Nacional de Inventário de Fontes Poluidoras do Ar e Programas Estaduais de Controle da Poluição do Ar.

Igualmente, releva-se a Resolução CONAMA nº 382, de 26 de dezembro de 2006, que estabelece os limites máximos de emissão de poluentes atmosféricos para fontes fixas. Estabelece, assim, os limites de emissão para as fontes fixas, e traz 13 (treze) anexos que tratam de forma específica dos limites para cada tipo de empreendimento. Segundo disciplina a Resolução CONAMA nº 382/2006 que a verificação do atendimento aos limites de emissão deverá ser efetuada conforme métodos de amostragem e análise especificados em normas técnicas cientificamente reconhecidas e aceitas pelo órgão ambiental licenciador. Da mesma forma de acordo com a referida Resolução, controle de emissões são os procedimentos destinados à redução ou à prevenção da liberação de poluentes para a atmosfera. Como forma de permitir um controle efetivo, os resultados das medições devem ser apresentados em relatório com periodicidade definida pelo órgão ambiental licenciador, contendo todos os resultados da medição, as metodologias de amostragem e análise, as condições de operação do processo incluindo tipos e quantidades de combustível e/ou insumos utilizados, além de outras determinações efetuadas pelo órgão licenciador.

Da mesma forma disciplina a referida Resolução que o monitoramento das emissões poderá ser realizado por métodos descontínuos ou contínuos, em conformidade com o órgão ambiental. Disciplina ainda a Resolução CONAMA nº 382/2006 que as fontes fixas existentes, por já estarem em funcionamento ou com a licença de instalação requerida antes da publicação da Resolução, deverão ter seus limites de emissão fixados pelo órgão ambiental licenciador, a qualquer momento ou no processo de renovação de licença, mediante decisão fundamentada. Ressalta-se que órgão ambiental licenciador poderá, mediante decisão fundamentada, determinar limites de emissão mais restritivos que os estabelecidos pela Resolução CONAMA nº 382/2006, em áreas onde, a seu critério, o gerenciamento da qualidade do ar assim o exigir. Igualmente, poderá mediante decisão fundamentada, a seu critério, estabelecer limites de emissão menos restritivos para as fontes fixas de emissões atmosféricas, nas modificações passíveis de licenciamento em fontes já instaladas e regularizadas, que apresentem comprovados ganhos ambientais.

Entretanto percebe-se que há o dever legal de o órgão ambiental licenciador controlar e monitorar a poluição atmosférica, bem como de instituir condicionantes em sede de autorizações e licenças, o que é, inclusive, um dever constitucional. Por sua vez, as exigências, condicionantes e validações ambientais para se constituírem como válidas devem decorrer de previsão estabelecida em norma legal, ou devidamente justificada pela autoridade

competente (fundamentada), com base em pronunciamento ou normas técnicas cientificamente reconhecidas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento econômico em dissonância com a questão ambiental não se mostra mais possível, em face do reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do meio ambiente não poluído como direito fundamental. Dessa forma, a temática ambiental aparece como conteúdo e como limite das atividades econômicas, diante da supremacia da dignidade da pessoa humana e da primazia do direito à vida. Nesse sentido, a sustentabilidade ambiental deve ser percebida através da necessidade humana de viver com saúde, dignidade e bem-estar, usufruindo, para tanto, dos bens ambientais dentro dos limites que não comprometam a existência desses recursos e não seja prejudicial ao meio ambiente. Assim, o Direito Ambiental é composto por normas que visam a prevenção, o monitoramento e a repressão de poluição ambiental, entre essas destaca-se a poluição atmosférica. O monitoramento ambiental apresenta-se como uma obrigação aos órgãos públicos, como forma de prevenir danos e manter a qualidade ambiental. Assim, no que concerne a poluição atmosférica a adoção de uma política preventiva é indispensável. Desta forma, é dever de todos os entes da federação fiscalizar e evitar atos de poluição atmosférica, em decorrência da competência administrativa comum, cabendo ao órgão ambiental estadual a obrigação de monitorar as fontes de poluição atmosférica, com vistas a manter a qualidade ambiental. É dever do órgão ambiental licenciador controlar e monitorar a poluição atmosférica, bem como de instituir condicionantes em sede de autorizações e licenças, de forma devidamente fundamentada e embasada em estudos técnicos e científicos. Da mesma forma, a verificação do atendimento aos limites de emissão deve ser efetuado através de métodos especificados em normas técnicas cientificamente reconhecidas e aceitas pelo órgão ambiental licenciador.

De forma inovadora o Estado do Espírito Santo instituiu a aplicação da modelagem matemática à fontes de poluição como forma de monitoramento e controle das emissões atmosféricas. Tal instrumento, além de eficaz e moderno, pode identificar a real fonte poluidora, sendo, ainda, um instrumento no que tange a efetivação da responsabilização civil, administrativa e penal, a depender do caso específico. Portanto, órgão ambiental competente poderá, desde que haja fundamentação técnica e científica reconhecer, métodos e tecnologias

inovadoras de pesquisa de monitoramento e controle de emissões atmosféricas, desde que haja um processo científico de validação, o que demonstra a importância de serem desenvolvidas novas tecnologias com vistas a garantir a qualidade ambiental.

Entretanto, mesmo havendo a previsão legal, não há nem no referido Estado norma técnica ou regulamento que apresente os requisitos de desenvolvimento mínimos a serem adotados. Assim, mesmo a modelagem sendo um instrumento eficaz de controle ambiental, a modelagem matemática precisará ser revalidada juridicamente e tecnicamente como método de amostragem e análise, para, posteriormente, ser cientificamente reconhecida e aceita pelo órgão ambiental competente. Para tanto é preciso uma maior interação de esforços entre os órgãos públicos, os empreendedores e a sociedade, no que tange à fiscalização e ao monitoramento de atividades utilizadores de recursos naturais atmosféricos, através de uma atuação multidisciplinar permanente, bem como do fomento de estudo de novas tecnologias ou da aplicação de tecnologias já existentes no monitoramento ambiental.

426

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BENJAMIN, Antonio Herman. **Meio ambiente e constituição: uma primeira abordagem**. In BENJAMIN, Antonio Herman. Congresso internacional de direito ambiental. São Paulo: IMESP, 2002.
- DANTAS, Ivo. **Novo direito constitucional comparado**. 3ª edição. Curitiba: Juruá, 2010.
- GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas. 2011.
- KISS, Alexandre. **Os direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução**. In VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (org.). Princípios da precaução. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- LEITE, José Rubens Maroto; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Competência comum, concorrente e supletiva em matéria de meio ambiente**. Revista de Informação Legislativa, n. 131, jul./set., 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. Ed. RT, São Paulo, 1980.

MILARE, Édis. **Direito do ambiente**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios fundamentais do direito ambiental**. In Revista de Direito Ambiental nº 02, abril-junho/1996.

MMA. **Poluição Ambiental**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/qualidade-do-ar/fontes-fixas>>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

MMA. **Programa Nacional do Meio Ambiente II PNMA II - Fase 2 2009 – 2014**. COMPONENTE DESENVOLVIMENTO INSTITUCIONAL. SUBCOMPONENTE MONITORAMENTO AMBIENTAL. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/pnma/\\_arquivos/04\\_02\\_manual\\_monitor\\_amb\\_jul09\\_6.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/pnma/_arquivos/04_02_manual_monitor_amb_jul09_6.pdf)>. Acesso em: 15 de junho de 2014.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. **Introdução à Legislação Ambiental Brasileira e Licenciamento Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

Submissão: 29/06/2016

Aceito para Publicação: 14/11/2016



