



Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul

Administração e Expediente: Rua Celeste Gobbato, nº 229, 3º andar

Dep. Revista da AJURIS – Porto Alegre – RS

Fones: (51) 3284.9003

Endereço Eletrônico: sandra@ajuris.org.br

PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO

Eugênio Couto Terra

VICE-PRESIDENTE CULTURAL

Jane Maria Köbler Vidal

DIRETOR DA REVISTA

Ingo Wolfgang Sarlet

FUNDADOR

Lenine Nequete

COMPOSIÇÃO DOS CONSELHOS

Conselho Diretivo

- ✓ *Jane Maria Köbler Vidal*
- ✓ *Ingo Wolfgang Sarlet*
- ✓ *Eugênio Facchini Neto*
- ✓ *Cláudio Luís Martinewski*

Conselho Consultivo

- ✓ *Ruy Rosado de Aguiar Júnior (Presidente), Alberto Delgado Neto, Alexandre Mussoi Moreira, Almir Porto da Rocha Filho, Antônio Guilherme Tanger Jardim, Antonio Janyr Dall'Agnol Júnior, Armínio José Abreu Lima da Rosa, Arnaldo Rizzardo, Carlos Alberto Etcheverry, Clademir José Ceolin Missaggia, Cláudio Caldeira Antunes, Cristóvam Davello Moreira, Edith Salete Prando Nepomuceno, Eladio Luiz da Silva Lecey, Francisco José Moesch, Giovanni Conti, Iris Helena Medeiros Nogueira, José Antônio Paganella Boschi, Milton dos Santos Martins, Moacir Adiers, Ricardo Pippi Schmidt, Sérgio José Dulac Muller (in memoriam) e Wilson Carlos Rodycz.*

Conselho Editorial Técnico Nacional

- ✓ *Adroaldo Furtado Fabrício, Araken de Assis, Athos Gusmão Carneiro (in memoriam), Carlos Alberto Alvaro de Oliveira (in memoriam), Elaine Harzheim Macedo, Eugênio Facchini Neto, Gilberto Schäfer, Ingo Wolfgang*

Sarlet, Maria Aracy Menezes da Costa, Nereu José Giacomolli, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, Rogério Gesta Leal, Tupinambá Pinto de Azevedo.

- ✓ *Prof. Dr. José Luís Bolzan de Moraes – Unisinos, RS; Prof. Dr. Marcos Maliska – Unibrasil, Paraná; Prof. Dr. Andreas J. Krell – UFAL, Alagoas; Prof. Dr. Paulo Ricardo Schier – Unibrasil, Paraná; Prof.^a Dr.^a Maria Celina Bodin de Moraes – PUC, Rio de Janeiro; Prof. Dr. José Adercio Leite Sampaio – PUC, Minas Gerais; Prof. Dr. Fábio Siebeneichler de Andrade – PUC, RS; Prof. Dr. Paulo Caliendo – PUC, RS; e Prof. Dr. Wilson Steinmetz – UCS, RS.*

Conselho Editorial Técnico Internacional

- ✓ *Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni – Universidad de Buenos Aires, Argentina; Prof. Jairo Parra Quijano – Universidad Santo Tomás, Bogotá, Colômbia; Prof. Dr. Nicola Picardi – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof.^a Dr.^a Paula Costa e Silva – Universidade de Lisboa, Portugal; Prof. Dr. Alessandro Simoni – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof.^a Dr.^a Anna De Vita – Università Degli Studi di Firenze, Itália; Prof. Dr. José María Porras Ramírez – Universidad de Granada, Espanha; Prof. Dr. Paolo Ridola – Università La Sapienza, Roma, Itália; Prof. Dr. Humberto Nogueira Alcalá – Universidad de Talca, Santiago, Chile.*

Revista da AJURIS é uma publicação da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, vinculada ao Centro de Pesquisas da Escola Superior da Magistratura/AJURIS.

Editorial

É com alegria e orgulho que anunciamos a publicação do número 136 (out./dez.) da nossa Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul, mais conhecida como Revista da Ajuris, edição com a qual encerramos mais um ano nessa profícua jornada. Também no presente volume, além de um artigo de autor estrangeiro inédito no Brasil (oriundo da Espanha), a Revista conta com comentários de jurisprudência e uma seleção de artigos de doutrina assinados por autores que atuam em diversas Instituições de Ensino Superior do Brasil de diversos Estados da Federação (RS, PE, RJ, SP, MG, MA, PR). A temática, embora diversificada e sempre enriquecida por contribuições de caráter mais propedêutico, segue em afinidade com a nossa linha editorial, ademais de contemplar trabalhos de extrema utilidade para o dia a dia da aplicação do Direito. Assim, além de um excelente 2015, marcado por muitas publicações de qualidade, desejamos a todos um ótimo proveito com a leitura e ficamos à disposição para eventuais sugestões e críticas.

Ingo Wolfgang Sarlet,
Diretor da Revista

Eugênio Facchini Neto,
Coordenador do Conselho Editorial

JUDICIÁRIO, DEMOCRACIA E POLÍTICAS PÚBLICAS: LEGITIMIDADE E CONTROLE NAS AÇÕES SOCIAIS¹

JUDICIARY, DEMOCRACY AND PUBLIC POLICIES: LEGIMINATION AND CONTROL ON SOCIAL ACTIONS

Álvaro Filipe Oxley da Rocha²

Doutor em Direito do Estado – UFPR

RESUMO: O presente artigo objetiva expor uma reflexão sobre o papel democrático do Judiciário na dinâmica do sistema político brasileiro, com ênfase na sua influência sobre a formulação de ações sociais, ou políticas públicas, pelo prisma de uma Sociologia Política do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Judiciário; democracia; políticas públicas; direitos fundamentais.

ABSTRACT: *The aim of this article is to display a reflection on the democratic role of the Judiciary within the Brazilian political system, especially about its influence on the*

formulation of public policies, through the prism of a political sociology of the Judiciary.

KEYWORDS: *Judiciary; democracy; public policies; fundamental rights.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A influência do judiciário sobre ações sociais, ou políticas públicas; 2 Como o judiciário atua sobre as políticas públicas?; Conclusão.

SUMMARY: *Introduction; 1 The influence of the judiciary on social, or public policies; 2 How the judiciary acts on public policies?; Conclusion.*

INTRODUÇÃO

O propósito do presente artigo é propor uma reflexão sobre o papel

democrático do Judiciário dentro do sistema político brasileiro, destacando-se a sua legitimidade e influência sobre a formulação de ações sociais,

¹ Este artigo é publicado como parte integrante dos resultados da pesquisa que vem sendo conduzida pelo autor.

² Pós-Doutorado em Criminologia pela Kent University – UK, Mestre em Ciência Política – UFRGS, Professor e Pesquisador no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – Mestrado e Doutorado – PPGCRIM, FADIR, PUCRS.

ou políticas públicas³. Muitos trabalhos têm sido publicados nos últimos anos sobre o Judiciário e a “judicialização” da política no Brasil⁴, enfocando os modos pelos quais se dá essa influência, quanto ao Legislativo e ao Executivo. É preciso destacar, entretanto, que, embora existam hoje pesquisas sobre o tema⁵, este ainda não recebe atenção suficiente na pesquisa. Em parte, esse efeito pode ser creditado como decorrência de uma atitude tradicional nas Ciências Sociais brasileiras, que costumavam menosprezar o Judiciário como objeto de análise na dinâmica das decisões governamentais, inserido no sistema político como um todo⁶. Embora poucas equipes e cientistas sociais brasileiros o façam, e haja progressos, não é nova a preocupação com o tema⁷. Em contrário, entretanto, o trabalho científico das Ciências Sociais, fora do país, há décadas⁸ já incorpora o Judiciário às suas análises do processo democrático, incluindo o caso do Brasil⁹ e, portanto, o seu papel na definição de viabilidade, formulação e implementação de políticas públicas.

³ Ver TAYLOR, Matthew M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. *Dados*, Rio de Janeiro: IUPERJ, v. 50, n. 2, 2007. O presente artigo utiliza, como marco, o excelente trabalho referido.

⁴ Por exemplo, ver trabalhos como os de ARANTES (nota 7), FAVETTI, Rafael T. *Controle de Constitucionalidade e Política Fiscal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003; SADEK, Maria T. *A Crise do Judiciário Vista pelos Juízes: Resultados da Pesquisa Quantitativa*. In: M. T. Sadek (Org.). *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. São Paulo, Sumaré, 1995; WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *Corpo e Alma da Magistratura Brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1997; CUNHA, Luciana Gross. *Juizado Especial: Ampliação do Acesso à Justiça?*. In M. T. Sadek (Org.). *Acesso à Justiça*. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001; FARO DE CASTRO, Marcus. *The Courts, Law, and Democracy in Brazil*. *International Social Science Journal*, v. 49, n. 152, p. 241-252, 1997; KOERNER, Andrei. *Direito e Modernização Periférica: Por uma Análise Sócio-Política do Pensamento Jurídico Constitucional Brasileiro Pós-1988*. Trabalho apresentado no XXIX Encontro Anual da Anpocs, Caxambu, 25-29 de outubro, 2005; e OLIVEIRA, Vanessa E. *Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política?*. *Dados*, v. 48, n. 3, p. 559-587, 2005.

⁵ Nesse sentido, é obrigatório referir o trabalho de diversos autores, como Maria da Gloria Bonelli, Andrei Koerner, Dal Ros, Marengo, Fabiano Engelmann e Frederico Almeida; no plano internacional, Yves Dezalay, Jacques Commaille, David Trubek, Bryant Garth, Antoine Vauchez e os inclusos na revista *Droit et Societé*, intitulada “Bourdieu e o Direito”; todos autores e trabalhos de alta qualidade, mas que, infelizmente, não são possíveis incluir devidamente, no reduzido espaço de um único artigo.

⁶ Ver ARANTES, Rogério B. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp, 1997.

⁷ Por exemplo, VIANNA, Luiz Werneck. *A Judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999 e SADEK, Maria Tereza; ARANTES, Rogério Bastos. “A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes”. *Revista USP - Dossiê Judiciário* n. 21, março/abril/maio 1994, p. 35-45.

⁸ Ver SCHATTSCHEIDER, Elmer E. *The Semisovereign People: A Realist's View of Democracy*. In America. New York, Holt, Rinehart and Winston, 1960.

⁹ Ver STEPAN, Alfred. *Brazil's Decentralized Federalism: Bringing Government Closer to the Citizens?* In *Daedalus*, v. 129, n. 2, p. 145-169, 2000.

O cenário jurídico-político do Brasil vem apresentando, nos últimos anos, uma clara transição entre as ações decorrentes das posturas derivadas da influência do Estado Liberal tradicional, e a busca da implementação de um Estado Democrático de Direito. Pode-se, a partir dessa premissa, afirmar que a Constituição Federal de 1988 saiu de uma postura indiferente aos anseios da maioria da população.

Ao refletir uma nova postura, de maior intervenção no domínio econômico e social, a Constituição de 1988 coloca em ato, pelo aumento das ações dos administradores públicos, a proposta de implementar os “direitos fundamentais-sociais positivos” ou de cidadania¹⁰, diretrizes que ela mesma estabelece.

Esse contexto, entretanto, ao destacar as ações de governo, ou “políticas públicas”¹¹, implica seu controle, não apenas na esfera burocrático-administrativa, mas também, e, fundamentalmente, na esfera do Judiciário, dado ser função não apenas política, mas também social¹², do mesmo, a realização dos princípios constitucionais, cuja efetivação implica notável transferência de poder político, das esferas do Executivo e do Legislativo para o Judiciário¹³.

Para o objetivo proposto, o presente artigo está organizado em duas partes; na primeira busca-se fazer um breve levantamento da literatura em Sociologia Política e Ciência Política, sobre a influência do Judiciário na dinâmica política. Na segunda parte, procura-se apontar as principais possibilidades e abordagens possíveis sobre essa influência, diretamente nas políticas públicas, estabelecendo, na medida do possível, as direções de pesquisas futuras.

É preciso observar, preliminarmente, que, em termos de sistema político, pode-se abordar a ação do Judiciário em três perspectivas: a dimensão smithiana, a hobbesiana e, em especial, pela sua dimensão dita madisoniana¹⁴, a primeira, relativa às regras de funcionamento da economia, a segunda

¹⁰ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e “Status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969, p. 64.

¹¹ Ver MELO, Marcus André. Estado, governo e políticas públicas. In: Sérgio Miceli (Org.) *O que ler em Ciência Social Brasileira (1970-1995)*: Ciência Política. São Paulo/Brasília, Sumaré/CAPES, 1999.

¹² Ver ROCHA, A. F. O. “A realização da Cidadania como função social do Judiciário; efeitos da EC nº 45”. In *Inclusão Social* - IBICT/OIT. Brasília/DF, v. 2, n. 2, p. 148/155, abr./set. 2008.

¹³ Destacamos: ROCHA, A. F. O. *Judiciário, mídia e cidadania*. In: MORAIS, J. L.; STRECK, L. *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica* - Anuário do PPG - Direito da Unisinos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

¹⁴ MAGALONI, Beatriz. Authoritarianism, Democracy, and the Supreme Court: Horizontal Exchange and the Rule of law in Mexico. In S. Mainwaring e C. Welna (Orgs.) *Democratic Accountability in Latin America*. Oxford, Oxford University Press, 2003.

relativa ao monopólio da violência pelo Estado, e a terceira, pelo equilíbrio das dimensões de controle econômico e social, com ênfase na via comunicativa¹⁵, do desenvolvimento das relações do Judiciário com o Legislativo e o Executivo, no que se refere às políticas públicas. Essa última dimensão¹⁶ será aqui central. Para esse objetivo, buscamos colaborar para uma melhor compreensão do papel dos atores sociais envolvidos, no sentido do aperfeiçoamento dessas relações, cujos resultados não se restringem ao plano político institucional, mas se expandem, com evidentes consequências para o coletivo¹⁷.

Os resultados da dinâmica entre atores sociais, aqui referida, para a realização da cidadania em sentido amplo no Brasil, são evidentes, visto que do sucesso ou fracasso das políticas públicas, em especial na subárea das políticas sociais, depende o desenvolvimento da dinâmica social entre nós, em sentido positivo. A redução das desigualdades pelo equilíbrio de condições materiais e culturais é condição fundamental para a inclusão dos indivíduos como cidadãos na vida social, e, a partir desta, a inclusão dos cidadãos na participação política, de modo a influir na condução do seu futuro.

1 A INFLUÊNCIA DO JUDICIÁRIO SOBRE AS AÇÕES SOCIAIS, OU POLÍTICAS PÚBLICAS

Preliminarmente, exporemos, para fins de trabalho, alguns conceitos de políticas públicas e de cidadania. Nesse sentido, pode-se conceituar políticas públicas como sendo o conjunto de atos e não atos que uma autoridade pública decide pôr em prática para intervir (ou não intervir) em um domínio específico, por exemplo, políticas econômicas, financeiras, sociais, de educação, tecnológicas etc. A problemática do trabalho governamental se encontra ligada, assim, a um melhor conhecimento da mudança social e do desenvolvimento econômico. O caminho foi aberto por autores como Lerner e Lasswell¹⁸, que, na década de 50 do século XX, prescrevem a profissionalização das Ciências Sociais na esfera de governo. Surge, a partir desse trabalho, o ramo das *policy sciences*, advogando a noção do “gerenciamento público”, inicialmente nos Estados Unidos e a seguir na Europa Ocidental. Estabelecem-se relações de causalidade entre as

¹⁵ Ver HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

¹⁶ Ver nota 5.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

¹⁸ LERNER, Daniel; Lasswell, Harold. *The Policy Sciences. Recent Developments in Scope and Methods*. Stanford, Stanford University Press, 1951.

ações (políticas) públicas e os efeitos destas sobre o tecido social; a partir disso, a avaliação de políticas públicas torna-se tema de alto relevo nos estudos de administração pública¹⁹.

Já o conceito de cidadania, do ponto de vista jurídico tradicional, está ligado, em primeiro lugar, à condição de morador da cidade, e por extensão, do país, demonstrando a efetividade de residência. Desse modo, possui *cidadania natural* o indivíduo nascido em território nacional que pode participar da vida política do país, em oposição ao indivíduo estrangeiro, em situação especial no território, mas também detentor de direitos embora mais limitados, inclusive o de obter a cidadania brasileira, denominada então *cidadania legal*, embora muitos cargos e direitos permaneçam reservados aos chamados cidadãos natos. Esse sentido da palavra cidadania está, pois, ligado ao exercício de direitos políticos, como votar e ser votado²⁰. Nesse sentido, bastante limitado, costuma-se citar o caso dos analfabetos, que se tornariam cidadãos ativos quando inscritos como eleitores, mas não podendo se tornar cidadãos passivos por não possuírem elegibilidade, quer dizer, por não poderem os mesmos se candidatar a mandatos políticos eletivos. Muitas abordagens jurídicas encerram nesse ponto o debate, deixando a desejar uma discussão mais ampla do conceito, dado que à condição de cidadão também correspondem direitos e deveres, o que parece exigir uma conceituação mais completa.

Não é simples, entretanto, chegar a um conceito amplo de cidadania. Hoje é voz corrente o uso dessa expressão quando se fala da participação nos processos de tomada de decisões que se refletem na coletividade, em especial diante das grandes mobilizações populares. Parece estar se difundindo, especialmente via mídia²¹, a noção de que a cidadania é uma espécie de direito de imunidade contra as ações autoritárias. Ao mesmo tempo, esse conceito remete ao problema da distribuição de renda, estabelecendo por critério meramente econômico uma ideia de “classes” sociais hierarquizadas, na verdade apenas duas, uma detentora da renda, do poder político, e da vida boa, ligada a essas condições, e outra “classe”,

¹⁹ Para uma conceituação mais ampla, ver FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. In: *Planejamento e Políticas Públicas*, 21: 211-259, 2000.

²⁰ Cfe. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atual. São Paulo, Saraiva, 1995. p. 99.

²¹ A ação social e política da mídia é, entretanto, bastante questionável. Ver ROCHA, Álvaro F. O. Direito e Mídia: uma convivência difícil. *Revista da AJURIS* – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, n. 93, p. 25, março de 2004.

alienada de não apenas desses fatores, mas também de tudo o que está afeto à posse de recursos financeiros, como moradia, saúde etc., mas fundamentalmente sem acesso a uma educação adequada e, pois, sem acesso às vidas social e política como cidadão²². Guardadas as devidas proporções, a discussão desse conceito está presente desde a formação das raízes do pensamento ocidental. Lembrando que o sentido da democracia grega não era da mesma natureza do que hoje atribuímos a essa palavra²³, podemos citar a obra de Aristóteles, na qual o mesmo questiona quem vem a ser o cidadão, afirmando que “cidadão é aquele que tem uma parte legal na autoridade deliberativa e na autoridade judiciária da cidade”, visto que a assembleia da qual o cidadão participava tinha poderes tanto para decidir como para legislar e julgar²⁴. Participar da assembleia significava ser visto pelos demais como um entre iguais, podendo o participante fazer uso da palavra para criticar, propor, opinar, externando por todos os meios o seu interesse pelo presente e pelo futuro da cidade. Poderia também, nesse sentido²⁵, assumir cargos na administração pública, como parte de sua condição de participante, não significando, na verdade, que o mesmo dispusesse de direitos que limitassem o poder da assembleia, mas apenas que, ao aceitar participar, também aceitaria o dever de submissão às decisões, em qualquer sentido, que viessem a ser tomadas pela coletividade.

O conceito de cidadania (*civitas*) entre os romanos será bastante ampliado partindo do reconhecimento pelos pares para todos os demais direitos da vida civil, incluindo, na esfera privada, os direitos de propriedade, família, contratos e, na esfera pública, o direito de participação política²⁶. A partir do século XVIII, entretanto, a definição de uma cidadania passa novamente a se tornar importante, pois, como frutos do Iluminismo, a Revolução Francesa e a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América reconhecem a igualdade de direitos a todos os homens, estabelecendo o ideal de liberdade como o conceito básico sobre o qual se estabelecem os demais direitos, como mais tarde Kant²⁷ vem a expressar objetivamente em sua obra. Esse autor procura fundamentar o direito sobre a liberdade, propondo o problema da harmonização

²² BENEVIDES, Maria Victória M. *Reforma Política e Cidadania*. São Paulo: Perseu Abramo, 2003, p. 91.

²³ FINLEY, Moses I. *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

²⁴ ARISTÓTELES. *A Política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1991.

²⁵ Cfe. HABERMAS, Jürgen. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002. p. 272.

²⁶ Ver GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1995. p. 82.

²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 1995.

entre a liberdade individual e os direitos dos demais, que, no entanto, continua em discussão. Habermas²⁸ retoma a discussão ao afirmar que não é possível realizar *direitos de cidadania*²⁹ sem uma esfera de liberdade, objetando, porém, que esta só se pode objetivar a partir da existência de uma comunidade que detenha mecanismos de participação política.

O conceito amplo de cidadania só vem a adquirir os contornos que hoje conhecemos a partir do estabelecimento de um novo paradigma: a ideia de que há um elemento social³⁰ inserido nesse conceito, que se origina da transição do modelo de Estado liberal para o Estado Social, ocorrida na Europa do século XIX e início do século XX. Esse elemento inclui desde o bem-estar econômico mínimo até a participação na herança social, e especialmente a ter a vida de um ser civilizado, em acordo com os padrões da sociedade atual; e aponta as instituições mais ligadas a esse elemento como sendo o sistema de ensino e o serviço social. O efeito dessa noção sobre o pensamento social foi tornar evidente que não há cidadania em sentido amplo sem que exista um conjunto de mecanismos democráticos, amparados em um sólido ordenamento jurídico, que permita ao indivíduo, ou sujeito, ser incluído em todas as esferas da vida social. Isso remete à existência e, podemos observar, mais diretamente, à concretização de políticas públicas sociais.

É preciso destacar, porém, que o direito brasileiro mantém formalmente sua tradicional conceituação estrita e, embora muitos juristas reconheçam uma maior amplitude na interpretação dos direitos de cidadania³¹, fica evidente que a discussão do conceito amplo não modificou até aqui a letra da lei, que segue associando o termo cidadania principalmente à participação política. Essa limitação de natureza terminológica, entretanto, não tem o poder de encerrar a discussão. Ao contrário, uma abordagem sociológica³² permite observar que, generalizando-se o conceito amplo, é muito provável que o texto de lei, e até mesmo a norma constitucional, venham a se adaptar no futuro, já que a resistência

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre faticidade e validade. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 124.

²⁹ Aqui designados como direitos fundamentais-sociais, ou de cidadania.

³⁰ MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar, 1969. p. 64.

³¹ Ver, por exemplo, VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 628.

³² Ver ROCHA, Álvaro F. O. O Direito na obra de Pierre Bourdieu: os campos jurídico e político. *Revista Estudos Jurídicos - Unisinos*. v. 38, n. 1, p. 46, jan./abr. 2005.

é muito mais devida às particularidades dinâmicas do campo jurídico³³, que, até para fins de manutenção de sua legitimidade, encontrará formas de se adaptar, apropriando-se dos resultados dessa dinâmica social em seu discurso³⁴, passando assim a impô-los, “normalizando-os” e fazendo-os compreender implicitamente como seus, desde sempre³⁵.

A partir da conceituação de políticas públicas e de cidadania, até aqui expostas, pode-se iniciar a relação entre os mesmos e a ação do Judiciário. Observa-se, em primeiro plano, que a relação entre os conceitos de cidadania e de políticas públicas está ligada pelo “elemento social” citado por Marshall, do qual decorre, para o Estado, a premissa do dever de efetivação de determinadas condições, de natureza material e cultural, para a realização da cidadania em sentido amplo, o que equivale a dizer que a mera existência de direitos fundamentais-sociais no ordenamento jurídico, mesmo na norma constitucional, *não faz sentido* sem a efetivação desses direitos por meio de políticas públicas, mormente as políticas sociais, que se tornam parte integrante da noção de Estado Democrático de Direito. A realização desses direitos, então, torna-se, com muita frequência, moeda de troca eleitoral, pois é definida na luta política, nos embates entre o Executivo e o Legislativo, e internamente a este, em uma dinâmica permeada por ações da sociedade civil, dos movimentos sociais e de diversos outros fatores de pressão, relacionados de maneira sofisticada e exaustiva pelos estudos sobre o funcionamento do sistema político e institucional brasileiros, os quais ignoram, entretanto, a força de um ator social de enorme relevo, o Judiciário, descrito como um ator social com *poder de veto*, *poder de decisão*, que se apresenta como *árbitro imparcial* e frequentemente como *representante da sociedade* nas disputas envolvendo políticas públicas³⁶. É significativo que a maior parte dos estudos brasileiros em Ciências Sociais não incorpore o Judiciário, como antes mencionado. O argumento clássico é o de que o Judiciário é, por definição, um ator social passivo, devendo ser acionado a partir de atores externos para que venha a agir. Nesse sentido, o modo como se dará a ação judicial dependerá do

³³ Ver ROCHA, Álvaro F. O. A linguagem jurídica. In: *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo, Unisinos, 2002. p. 42.

³⁴ BOURDIEU, Pierre. O que falar quer dizer. In: *A Economia das Trocas Lingüísticas*. São Paulo: Edusp, 1998.

³⁵ BOURDIEU, Pierre. A força do Direito. In: *O Poder Simbólico*. Lisboa: DIFEL, 1983. p. 209.

³⁶ Ver SOUSA, Mariana. “Judicial Reforms, the PMP and Public Policy”. Washington DC, BID, 2005, In: *A Política das Políticas Públicas: progresso social e econômico na América Latina: Relatório 2008*. [...] Rio de Janeiro, Elsevier, Washington DC: BID, 2007.

desenvolvimento e do nível, mais ou menos sofisticado, da luta política. Ignorar o Judiciário não é, entretanto, um dado comportamental entre nós, já que, a partir de sua formação histórica, na periferia da dinâmica de desenvolvimento do Estado ocidental³⁷, o Brasil, em termos de política, não apresenta o desprezo persistente dos Tribunais³⁸, sedimentado nos países centrais pela Revolução Francesa; tanto que, entre nós, como já mencionado, muitos trabalhos têm sido publicados sobre a ação política do Judiciário³⁹. Entretanto, a falta de uma abordagem em sociologia política, mais definida metodologicamente, resulta no surgimento de problemas imprevistos, decorrentes de dados relevantes do Judiciário, que não têm recebido a devida atenção.

Destaque-se que o campo político brasileiro requer, e já tem recebido, muita atenção, devido à sua complexidade. Podemos destacar duas principais abordagens na Ciência Política nacional. A primeira, mais pessimista, vê o sistema político como um jogo de extrema busca de acordos, no qual atua um número muito alto de atores sociais com poder de veto, o que faz dessa dinâmica algo extremamente imprevisível e pouco capaz de permitir o andamento do processo decisório em nível aceitável. Essa corrente é oposta por uma segunda, que afirma que o sistema político brasileiro seria mais majoritário do que afirma o outro grupo, de modo que o processo decisório, embora trabalhoso e complexo, é possível e ocorre. Embora existam defensores exaltados de cada postura, o que indica momentos em que cada lado esteve certo, hoje se observa que, na contradição entre o sistema eleitoral descentralizado, e a centralização do processo decisório, controlado com segurança pelas regras internas do Congresso, o equilíbrio se dá pela atribuição legislativa e orçamentária de poderes ao Executivo, resultando um equilíbrio muito frágil e dependente de fatores imprevisíveis, como o “carisma” presidencial, campanhas eleitorais etc. Essa dinâmica, como até aqui se viu, parece excluir inteiramente o Judiciário da dinâmica do sistema político brasileiro. A análise política da influência judicial não é inteiramente ignorada, mas está restrita a poucos campos, como o da

³⁷ Ver BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. *Política Comparada*. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.

³⁸ EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; SHVETSOVA, Olga. “The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government”. *Law and Society Review*, v. 35, n. 1, p.117-164, 2001.

³⁹ Ver nota nº 6.

segurança pública⁴⁰, ou da sustentação aos contratos⁴¹, na economia de mercado moderna.

Entretanto, observou-se a atuação política indireta do Judiciário, no período pós-constituente, que não agiu contramajoritariamente, deixando de usar seu poder de veto quanto às reformas políticas constitucionais, nem causando incerteza ou risco à governabilidade. O resultado das ações do Judiciário sobre as políticas públicas federais é significativo, tendo o mesmo sido acionado com muita frequência para atuar sobre políticas públicas em litígio. Sua atuação, nesse sentido, tem sido de extrema cautela, de modo a preservar-se de embates com o Executivo⁴². Mas nem por isso é menos ativo. Segundo Matthew Taylor:

Nos 15 anos entre 1988 e 2002, o STF – somente através do instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIn – concedeu decisões liminares ou de mérito invalidando parcialmente mais de 200 leis federais. Em comparação, entre 1994 e 2002, a Suprema Corte mexicana julgou a constitucionalidade de um pouco mais de 600 leis naquele país usando dois instrumentos parecidos com a ADIn, mas invalidou somente 21 leis federais; em toda sua história, a Suprema Corte americana invalidou em torno de 135 leis federais apenas (Taylor, no prelo). Mesmo no governo de Fernando Henrique Cardoso – um presidente apoiado (pelo menos inicialmente) por uma ampla coalizão reformista –, o Judiciário federal como um todo foi convocado por atores externos para julgar todas as principais políticas públicas adotadas pelo Executivo e seus aliados no Congresso. O governo Fernando Henrique barganhou duramente para produzir maiorias legislativas que o permitissem superar as rígidas regras para a aprovação de emendas constitucionais ou leis complementares

⁴⁰ Ver PEREIRA, Anthony W. “An Ugly Democracy: State Violence and the Rule of Law in Postauthoritarian Brazil”. In: P. Kingstone e T. Power (Orgs.). *Democratic Brazil: Actors, Institutions and Processes*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000.

⁴¹ CASTELAR PINHEIRO, Armando (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo, Sumaré, 2000.

⁴² Ver KOERNER, Andrei. “Decisão Judicial, Instituições e Estrutura Socioeconômica: Por uma Análise Política do Pensamento Jurídico Brasileiro”. In: A. Koerner (Org.). *História da Justiça Penal no Brasil: Pesquisas e Análises*. São Paulo, IBCCrim, 2006. p. 259-281.

no Senado e na Câmara. Mas ao final desse imenso esforço político, a contestação judicial da reforma foi um acontecimento crônico [...].⁴³

A referência do autor ao governo Fernando Henrique Cardoso é muito importante, dado que, além de destacar a forte atuação do Judiciário brasileiro, em comparação, também assinala o momento preciso da vida política nacional em que o Judiciário parece estar sendo “descoberto”, não só pelos atores políticos tradicionais, mas todos os demais grupos legitimados pela Constituição Federal para interpor Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn)⁴⁴. Nesse sentido, as políticas públicas federais podem ser, e muito provavelmente serão, contestadas judicialmente, especialmente pelos atores sociais que normalmente não são levados em conta na análise política, quer dizer: os derrotados ou ignorados nas negociações internas do Congresso, ou em sua dinâmica relacionada ao Executivo, serão os grupos que recorrerão ao Judiciário, e com chances muito altas de obter efeitos favoráveis de alteração das referidas políticas.

2 COMO O JUDICIÁRIO ATUA SOBRE AS POLÍTICAS PÚBLICAS?

Uma primeira forma de atuação do Judiciário é a administração do momento, ou *timing*, nas ações a seu cargo. Esses recursos podem ser a aceleração de decisões, por meio da concessão de liminares, ou o adiamento de decisões, que pode ser realizado por constantes pedidos de vistas do processo. Desse modo, os agentes do Judiciário podem dar apoio a políticas que considerem relevantes, ou adiando as consequências objetivas que a estas poderiam advir, em razão do indeferimento de recursos interpostos. O Judiciário, desse modo, se constitui em ator político quase equiparável aos tradicionais; e, no que concerne às políticas públicas, nada muda quanto às possibilidades e força de sua atuação.

A luta política dispõe de regras, assim como a atuação judicial. Essa última, entretanto, cria a expectativa de que a mesma só se dará *a posteriori*, a partir do momento em que um projeto de lei, medida provisória ou outro veículo legal de implementação de políticas públicas já tiver findado o processo legislativo, entrando em vigor. Uma observação mais atenta da dinâmica política brasileira, entretanto, revela o contrário: é comum aos agentes do Judiciário influenciar a

⁴³ Para mais detalhes, ver TAYLOR, Matthew M. “O Judiciário e as Políticas Públicas no Brasil”. *Dados – IUPERJ*, v. 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007.

⁴⁴ Ver ROCHA, Álvaro F. O. *Sociologia do Direito: a magistratura no espelho*. São Leopoldo, Unisinos, 2002. p. 42.

dinâmica de aprovação das políticas, ou mesmo interrompê-las, antes de sua aprovação. Pode-se citar, por exemplo, a proposição de suspensão do Código de Defesa do Consumidor quanto aos prejuízos provocados pelo corte generalizado do fornecimento de energia elétrica (a chamada “medida provisória do apagão”), que não chegou a ser proposta, devido ao resultado de uma reunião informal entre um representante do Executivo, com os Ministros do STF (Supremo Tribunal Federal), o que evidencia, com clareza, que a ação política do Judiciário se dá muitas vezes sem que os mecanismos legais disponíveis sejam utilizados. Nesse sentido, o efeito é o de eliminação de alternativas aos atores políticos, e, pois, de constrangimento de sua liberdade de ação⁴⁵.

Outro dado determinante da forma de atuação política do Judiciário se relaciona às *motivações* dos juízes. Diversos autores se ocupam de desenvolver o que se poderia chamar de “cultura legal” dos magistrados⁴⁶. Assim, pode-se afirmar que a formação dos juízes brasileiros, para integrar o seu campo social, cria uma disposição mais formalista⁴⁷, apegada aos textos dos códigos, geralmente enfatizando mais a forma (ou processo) do que os resultados, ou direitos individuais em detrimento dos interesses coletivos. Embora o discurso oficial do grupo, que destaca a neutralidade dos juízes, seja muito criticado, o consenso entre os juristas ainda afirma que o reconhecimento do juiz depende de seu apego ao texto legal, o que é sustentado pelo dever legal de fundamentar as decisões na lei. Entretanto, no que se refere às políticas públicas, essa postura muda, tendo em vista a extrema flexibilidade na atuação dos juízes mencionada. Destaque-se que não é apenas pelas decisões que os juízes agem politicamente, utilizando-se às vezes de estratégias de pressão, recursos à mídia ou rebelando-se quanto a decisões sob as quais se sintam prejudicados, como tem ocorrido frequentemente no que se refere às atuações do CNJ (Conselho Nacional de Justiça). A sociologia e a ciência política produziram, a respeito dos magistrados, três orientações relevantes: a chamada institucional, a estratégica e a atitudinal.

Nesse sentido, somente a abordagem institucional⁴⁸, ou aquela que pretende encontrar no conhecimento aprofundado das instituições os fatores determinantes das ações de seus agentes, parece dar resultados entre nós. A

⁴⁵ Ver nota nº 40.

⁴⁶ Ver nota nº 6.

⁴⁷ Ver nota nº 40.

⁴⁸ Ver CLAYTON, Cornell W.; GILLMAN, Howard (Orgs.). *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approaches*. Chicago, University of Chicago Press, 1999.

análise atitudinal⁴⁹ não dá resultados, em razão do sistema político complexo, que impede a redução de todas as atitudes dos magistrados a um sistema de oposições. A abordagem estratégica⁵⁰ se relaciona à ideia da luta do Judiciário para sustentar o seu poder político, na disputa com os demais poderes, que se legitimam pelo voto. Não se aplica entre nós em razão de que o Judiciário brasileiro não precisou abrir espaço entre os poderes, tendo recebido os mesmos formalmente, sem luta, em grande medida, apenas precisando acautelar-se para, no seu exercício, não melindrar os poderes legitimados nas urnas.

Há muitos fatores externos ou atores sociais que podem influenciar ou tentar se valer da força do Judiciário para tentar atingir seus objetivos, esquivando-se à arena política. A origem desses atores pode estar no próprio campo político ou na sociedade civil. O Judiciário, por definição, não pode se furtar a receber e ter de processar pontos de vista de grupos minoritários, que muitas vezes contestam as orientações de consenso formadas no embate entre Legislativo e Executivo. O conhecimento do aparato legal e a habilidade de alguns agentes podem permitir o uso do Judiciário e seu poder de veto como instrumentos de retomada e, muitas vezes, da inversão dos resultados que o jogo político determinou. É de conhecimento da pesquisa a identidade dos atores sociais, relacionada ao uso de determinados instrumentos jurídicos. Quanto às ADIns, destacam-se a OAB e o Ministério Público⁵¹; nas Ações Cíveis Públicas⁵², o Ministério Público é o mais significativo autor; e nas Ações populares, os mais representativos autores são políticos e advogados. Em poucas palavras, é possível afirmar que quanto maior a abrangência e capacidade de vinculação do instrumento jurídico, maior a possibilidade de se obter o efeito de veto do Judiciário. É de se destacar, entretanto, que a falta de acesso a esse mecanismo conduz os demais atores políticos a improvisar, com base na interpretação da formalidade processual dos prazos, fazendo do recurso ao Judiciário em si, independentemente do resultado, um instrumento de luta política. Grupos de oposição podem facilmente, na esfera federal, utilizar-se de recursos liminares

⁴⁹ Ver SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the Attitudinal Model*. New York, Cambridge University Press, 1993.

⁵⁰ Ver FINKEL, Jodi. *Judicial Reform as Political Insurance: Latin America in the 1990s*. Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2007.

⁵¹ Ver ARANTES, Rogério B. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo, Idesp, 1997.

⁵² Ver WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. "Revolução Processual do Direito e Democracia Progressiva". In: L. WERNECK VIANNA (Org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte, UFMG, 2002.

para barrar ações do Governo Federal, mesmo sabendo que a decisão não se sustentará; aqui surge o recurso à mídia, à “opinião pública”⁵³, por cuja força se procura pressionar ou “desgastar” o ocupante do Executivo ou seu partido, ou a ambos. Destaca-se a pesquisa que aponta a tendência dos partidos políticos a recorrer ao Judiciário apenas para marcar posição de contraste com a maioria e demonstrar a seus aderentes e ao público em geral a sua disposição de esgotar, no terreno institucional, todas as possibilidades abertas à sua intervenção⁵⁴.

Na falta de dados objetivos de uma pesquisa ainda por realizar, pode-se apenas especular quanto às reais consequências da ação do Judiciário sobre as políticas públicas. Supondo que esse efeito tenha sido pequeno, essa constatação não afasta o potencial de força detido pelo Judiciário. Nesse sentido, a sua ação, no que concerne à manutenção das políticas estabelecidas, estabelece a legitimidade da ação do Executivo e do Legislativo, ou que pode ocorrer também em contrário, dada a legitimidade do Judiciário, já solidamente estabelecida em nossa democracia. Entretanto, se a hipótese contrária se estabelece, surge um mistério, que seria estabelecer a ou as razões pelas quais o Judiciário tem sido obedecido pelo Executivo brasileiro, mesmo quando o contraria, muitas vezes a um grande custo financeiro ou de investimento em negociações e planejamento⁵⁵. Nesse sentido, Taylor⁵⁶ resgata várias explicações possíveis: a principal decorreria da alternância no poder, que levaria o Executivo de hoje a obedecer ao Judiciário, resguardando a possibilidade de uso da força do mesmo quando não estiver exercendo o poder político⁵⁷. Seria também possível que, segundo Whittington⁵⁸, sempre haja benefícios na ação de um Judiciário independente, pois, em primeiro lugar, o mesmo pode rever a legislação de governos anteriores e, com isso, melhorar as condições de implementação das políticas públicas do governo atual; e, em segundo, o fato de ser um governo

⁵³ Ver THOMPSON, J. B. *O escândalo político: poder e visibilidade na era da mídia*. Petrópolis: Vozes, 2002 e BOURDIEU, Pierre. “A opinião pública não existe”. In *Questões de sociologia*. Rio de Janeiro: Marco Zero, 1983. p. 173.

⁵⁴ Ver WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice R. de; MELO, Manuel P. C.; BURGOS, Marcelo B. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

⁵⁵ Ver nota nº 34.

⁵⁶ Ver nota nº 40.

⁵⁷ Ver GINSBURG, Tom. *Judicial Review in New Democracies: Constitutional Courts in Asian Cases*. New York, Cambridge University Press, 2003.

⁵⁸ Ver WHITTINGTON, Keith E. “‘Interpose Your Friendly Hand’: Political Supports for the Exercise of Judicial Review by the United States Supreme Court”. *American Political Science Review*, v. 99, n. 4, p. 583-596, 2005.

contrariado setorialmente pelo Judiciário legitima todas as demais atuações desse mesmo governo. Essa linha de considerações, segundo esse autor, pode levar a se estabelecer um sistema de autorregulação, que permitiria ao Executivo, assim como o Legislativo, ver vantagens na obediência ao Judiciário. Essas considerações, entretanto, são especulativas, e dependem de pesquisas que serão futuramente realizadas.

CONCLUSÃO

A força do Judiciário é reconhecida no jogo político brasileiro mesmo que este não possua acesso ao orçamento ou os poderes de condução do Executivo. O papel do Judiciário na manutenção da crença na legitimidade do Estado e da democracia é fundamental. O fato de reconhecer que regras são ou não legítimas do ponto de vista constitucional determina ao Judiciário uma linha de ação política idealizada, porém voltada para os objetivos do Estado, o que leva, naturalmente, à ação sobre as políticas públicas implementadas tanto a partir do Executivo como do Legislativo. Nesse sentido, o Judiciário assume o papel de decisor democrático final quanto às questões controvertidas, nas quais o Executivo e o Legislativo não conseguem chegar a uma decisão. Mesmo que o Judiciário muitas vezes seja visto e utilizado pelas partes interessadas em alterações de políticas públicas como apenas mais uma instância de luta política, isso permite que, muitas vezes, critérios de maior razoabilidade intervenham no processo decisório, fugindo da imposição, muitas vezes tirânica, da maioria legislativa, ou mesmo dos limites do texto legal, conservando, entretanto, os parâmetros constitucionais. A ação do Judiciário quanto às políticas públicas, no entanto, não deixa de ser salutar e importante do ponto de vista democrático, mas se deve observar que essa atuação não substitui as devidas correções nas políticas públicas, as quais a ação judicial não pretende nem irá substituir. Além disso, como destacam Werneck Vianna e Burgos⁵⁹, o papel democratizante – ou “civilizatório”, a nosso ver – do Judiciário produz um efeito tanto de “muro de lamentações” quanto de “uma efetiva arena para o exercício da democracia”, partindo da premissa da existência de uma democracia na qual a relação entre o Executivo e o Legislativo está muito aquém do ideal. A possibilidade de o Judiciário contrariar os interesses governamentais pode resultar em aperfeiçoamentos nas políticas públicas, tanto em termos econômicos quanto em termos da durabilidade dessas políticas. Nesse sentido, a ação do Judiciário

⁵⁹ Ver WERNECK VIANNA, Luiz; BURGOS, Marcelo B. “Entre Princípios e Regras: Cinco Estudos de Caso de Ação Civil Pública”. *Dados*, v. 48, n. 4, p. 777-843, 2005.

é fundamental para o equilíbrio de forças democrático, pois a ausência dessa instância pode permitir, em especial ao Executivo, por exemplo, a implementação de políticas públicas financeiras desastrosas, como no caso do governo Collor. A atuação judicial ou “controle” das políticas públicas pelo Judiciário surge, então, como ação política necessária, e parece mais benéfica do que prejudicial à democracia. Desse modo, a parte que incumbe ao Judiciário na realização da cidadania em sentido amplo, no Brasil, resulta ser a efetivação dos direitos fundamentais-sociais, dentro do contexto da luta política, e da manutenção do seu papel constitucional de mantenedor das regras do jogo democrático.

CABIMENTO DA AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR ABANDONO AFETIVO PARENTAL

AVAILABILITY OF THE LIABILITY ACTION FOR ABANDONMENT PARENTAL AFFECTIVE

Andréa Fabiana Capuchinho Ferraz¹

Advogada e Assessora Jurídica Trabalhista em Artur Nogueira/SP

RESUMO: A evolução da sociedade exigiu o reconhecimento jurídico de novas formas de convívio familiar, nas quais o centro da proteção jurídica prioriza os elos de afetividade e tem como princípio maior a dignidade da pessoa humana. Com o despontar das famílias plurais, houve o aumento crescente das dissoluções conjugais e, conseqüentemente, surgiu a figura dos filhos resultantes de famílias desfeitas e, na maioria dos casos, privados da convivência de um dos pais. Não é incomum que o genitor forme nova família e entenda ser suficiente atender às necessidades materiais dos filhos do relacionamento anterior, rompendo bruscamente os laços afetivos e causando sérios danos psicológicos às crianças. Na legislação brasileira não há, textualmente, norma que tutele os direitos das crianças e dos adolescentes

que sofrem o abandono afetivo parental, mas já surgiram nos Tribunais ações de filhos em face de seus genitores, buscando a reparação pelo dano moral decorrente do abandono afetivo. O assunto é novo e as opiniões doutrinárias e jurisprudenciais são controversas. Este trabalho tem por objetivo verificar se a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo parental é cabível.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de família; responsabilidade civil; abandono afetivo parental; dano moral.

ABSTRACT: *The evolution of society demanded legal recognition of new forms of family life, in which the center of legal protection prioritizes the bonds of affection and is the major principle of human dignity. With the emergence of plural families there was increasing dilutions of marital and consequently emerged the figure of the*

¹ Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela PUC, Mestranda em Direito do Trabalho pela Unimep - Piracicaba/SP.

children from families resulting undone, and in most cases the private interaction of a parent. It is not uncommon for the parent form and understand new family be enough to meet the material needs of children from previous relationship, breaking sharply affective bonds and causing serious psychological harm to children. Brazilian law there is, literally, rule that protects the rights of children and teenagers who suffer from affective parental abandonment, but already appeared in court actions in the face of children from their parents, seeking compensation for moral damages resulting from emotional abandonment. The subject is new and the doctrinal and jurisprudential opinions are controversial. This study aims to determine whether the action of civil liability for abandonment is parental affective measures.

KEYWORDS: *Family law; liability; parental emotional abandonment; moral damage.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Evolução da família; 2 Dissolução da sociedade conjugal e abandono afetivo; 3 Elementos do dever de indenizar e sua aplicação ao abandono afetivo; 4 O olhar dos tribunais; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Family Evolution; 2 Dissolution of the conjugal society and emotional neglect; 3 Elements of the duty to indemnify and its application to the emotional abandonment; 4 The look of the courts; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

A sociedade moderna e multifacetada está pautada em novos formatos que conduzem o Direito a absorver as novas situações jurídicas decorrentes da evolução das relações humanas, inserindo-as no escopo da promoção do bem de todos, fundamentado na garantia da dignidade da pessoa humana.

A evolução legislativa na área do Direito de Família também contribuiu para que se concretizasse o Direito mais humanizado e em cuja base está o afeto, elemento indispensável das relações familiares. Assim, não se pode admitir que os pais, voluntariamente, rompam com os vínculos afetivos mantidos com os seus filhos, os expondo aos danos decorrentes do abandono emocional.

A decisão do STJ prolatada em abril de 2012 demonstra que a discussão sobre o abandono afetivo retornou com força ao cenário jurídico brasileiro, levantando a reflexão acerca da paternidade/maternidade responsável e diretamente relacionada ao dever de prover o cuidado e afeto aos filhos, sejam eles resultantes de casamentos desfeitos ou não.

A jurisprudência internacional deixou evidente que os operadores do Direito, ao se depararem com temas inusitados, complexos e nem sempre

contemplados pela legislação, se preocupam em oferecer respostas minimamente satisfatórias para as ações onde há ausência de respostas puramente normativas.

O resultado desta preocupação é o surgimento de decisões inovadoras, alcançadas no entrelaçamento das normas com o principal objetivo de não apenas buscar, mas encontrar soluções para as exigências de novos conflitos sociais.

1 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A família é célula básica da sociedade² e sempre esteve presente como modo de organização social que antecede o próprio Estado, pois, desde a existência do homem, também existiu alguma estrutura familiar. Contudo, a instituição familiar não é estática; ao contrário, o seu dinamismo alcança grandes proporções e as mudanças nela ocorridas repercutiram em diversos outros setores, como a Igreja, a Política e o Direito.

Ao longo do tempo, a família passou por uma evolução natural pautada na influência dos diversos setores que afetam as relações sociais. O desenvolvimento da sociedade, marcado por vários e significativos acontecimentos, como, por exemplo, a Revolução Industrial³, que contribuiu fortemente para que a mulher entrasse no mercado de trabalho, imprimiu novos conceitos de formação e organização familiar⁴.

O modelo tradicional, no qual um homem e uma mulher unidos pelo casamento geram filhos para criá-los juntos, foi completamente reformulado e substituído por variadas e novas formas de constituição familiar, dando lugar à pluralidade e às regras mais flexíveis. Hoje, todos já estão acostumados com famílias que se distanciam do perfil tradicional. A convivência com famílias recompostas, monoparentais e homoafetivas permite reconhecer que ela se pluralizou⁵...

A mobilidade das configurações familiares, que tem como um dos fatores o crescimento da participação das mulheres no mercado de trabalho, fez surgir formas de convívio improvisadas que buscam harmonizar-se com a necessidade de criar os filhos decorrentes de antigos e novos relacionamentos.

² BRASIL. Constituição Federal, artigo 226. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 88.

³ DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 28.

⁴ Dias, 2011, p. 40 e 41.

⁵ Id., p. 40.

O pluralismo das relações familiares, as restrições impostas pelas legislações – como foi o caso da ausência do divórcio no Brasil por longos anos – e a formação de situações de fato que passaram do concubinato, que ainda persiste, às uniões familiares ou às famílias monoparentais provocaram mudanças na sociedade e, sem dúvida, forçaram também uma evolução legislativa decorrente das novas realidades sociais.

Sempre se considerou que a maior missão do Estado é preservar o organismo familiar, sobre o qual repousam as suas bases⁶. Assim estabelece também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (arts. 16 e 25)⁷: a família tem direito à proteção da sociedade e do Estado.

A Carta Maior de 1988 fez a diferença, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, dando ênfase à valorização da pessoa e a preocupação com a sua personalidade⁸.

Da Constituição Federal de 1988 surgiu também uma nova maneira de ver o direito: os princípios constitucionais deixaram de servir apenas como orientação ao sistema jurídico infraconstitucional e passaram a ser conformadores da lei, tornando-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça e adquirindo eficácia imediata⁹.

2 DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL E ABANDONO AFETIVO

O Direito de Família mudou, como não poderia deixar de ser, acompanhando o contexto político, econômico e social e se transformou em um direito mais humanizado. Sem deixar de lado a preocupação com os aspectos patrimoniais decorrentes das relações familiares, o Direito de Família contemporâneo tem voltado a sua atenção aos aspectos pessoais das relações humanas, a fim de que os indivíduos, sujeitos de direitos, sejam mais completos e psicologicamente melhor estruturados¹⁰. Negar, nos dias atuais, o valor e a relevância do afeto

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do bem de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 242.

⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 7 set. 2012.

⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 105.

⁹ Dias, op. cit., p. 57.

¹⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.jusnews.com.br>>. Acesso em: 25 mar. 2012.

consiste negar a sua necessidade para a implementação da dignidade humana, ou seja, negar o princípio fundamental do Estado brasileiro¹¹.

É na afetividade que se desdobra o traço de identidade fundamental do direito gerado no seio da relação paterno-filial, que, sem deixar de ser jurídica, distingue-se de todas as demais relações justamente pelo fato de que ela, e apenas ela, pode, efetivamente, caracterizar-se e valorar-se, na esfera jurídica, pela presença do afeto.¹²

A afetividade, traduzida no respeito que envolve todos os membros da família, extrapola os limites dos laços biológicos e modifica as concepções tradicionais de família, pois a paternidade não mais prescinde de vínculo biológico, mas pode resultar de “outra origem”, como prevê o Código Civil no art. 1.593.

Assim, valorizaram-se vínculos conjugais sustentados por amor e afeto, e não há mais diferenças entre os filhos concebidos dentro ou fora do matrimônio. A guarda dos filhos não está mais condicionada a um dos cônjuges, ou àquele que tem apenas melhores condições financeiras, mas a lei permite partilhar a guarda do filho entre pai e mãe, evitando que a criança sofra maiores danos pela repentina ausência de um dos pais. Segundo dados do IBGE¹³, 2,7% dos casais divorciados com filhos possuíam responsabilidade conjunta no ano de 2000; em 2010, este percentual aumentou para 5,5%.

O poder familiar é muito mais um conjunto de deveres do que de direitos dos pais com relação aos filhos e é encargo atribuído a ambos os genitores em plena igualdade de condições, independente de haver ou não a permanência da sociedade conjugal.

A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da igualdade, mantém como principal objetivo a proteção do hipossuficiente, priorizando os direitos

¹¹ ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 50, out./dez. 2006.

¹² HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - Além da obrigação legal de caráter material. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.). *A outra face do Poder Judiciário: decisões inovadoras e mudanças de paradigmas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 465.

¹³ Dados divulgados pelo Jornal *O Globo*. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/.../aumenta-numero-de-casais-com-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 8 set. 2012.

fundamentais da criança no contexto familiar e elevando-a à condição de sujeito de direito.

Não há dúvida de que o rompimento do convívio dos pais abala a estrutura familiar, e a jurisprudência tem mostrado que, com frequência indesejável, a discussão que envolve a dissolução do casamento e a guarda dos filhos gera insatisfações e conflitos; não é raro ver pais que tratam os seus filhos como moeda de troca, a fim de conseguir vantagens financeiras ou penalizar o cônjuge por mágoas resultantes do relacionamento.

Para Antonio César Peluso, citado por Tejerina Velázquez, “não há, na doutrina brasileira, a concepção de que os filhos são copartícipes da sociedade familiar”¹⁴, motivo pelo qual as cisões importantes só cabem aos cônjuges. Assim, os filhos assistem aos conflitos que, frequentemente, ocorrem no fim das uniões como meros expectadores; no entanto, não ficam imunes às consequências emocionais de tais episódios.

Com o aumento gradativo do divórcio, facilitado pela evolução legislativa, há cada vez mais crianças que, involuntariamente, participam de divórcios e separações. Há ainda a questão da alienação parental ou implantação de falsas memórias¹⁵. Este tema despertou a atenção pela forma recorrente e irresponsável que tem sido utilizada por pessoas que convivem com a criança, seja ela pai, mãe, avós, tios, etc.; e trata-se de manipulação psicológica do responsável sobre a criança que não mais convive com ambos os pais. Aquele que é o guardião, reiteradamente, leva a criança a afastar-se do pai ou da mãe, que está ausente do lar, comprometendo a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não aconteceram ou não ocorreram conforme a versão descrita.

Colaborando com o afastamento do genitor não guardião está a conduta do guardião que se incumbe, em determinadas situações, de afastar ainda mais o filho do pai, tornando improvável a realização do desejo do legislador com a fiscalização do pai na educação do filho, do art. 1.589 do CC. É diante deste ambiente de conflito que se tem a criança e o adolescente, muitas

¹⁴ TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. Novo Código Civil, família e sociedade contemporânea. Universidade Metodista de Piracicaba. Programa de Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Piracicaba, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos>>. Acesso em: 9 set. 2012.

¹⁵ DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2007. p. 45.

vezes, usados como instrumento de vingança, na separação e após, pelas mágoas acumuladas durante a vida em comum de seus pais e na própria separação.¹⁶

A Lei nº 12.318/2010¹⁷, que visa à proteção da criança nestes casos de interferência psicológica por parte de um dos genitores ou avós, é uma forma de tentar extinguir ou, ao menos, diminuir a prática deste ato, que tem levado tantas crianças a graves e permanentes consequências psicossociais. No entanto, este é um fenômeno que tem como característica a difícil identificação dos episódios denunciados, isto quando existe a denúncia.

Não é incomum que o pai forme nova família e tenha outros filhos, achando suficiente atender às necessidades materiais dos filhos do primeiro casamento, abandonando-os afetivamente e tornando-os “ex-filhos”, assim como torna a antiga companheira como “ex-esposa”.

Embora o pai não tenha a guarda do filho, tem ele o direito de visitá-lo, a fim de manter os laços afetivos e a convivência. Mas caso o pai abra mão deste direito de visitas e de convivência, não há nenhuma sanção ou norma jurídica que proteja, de maneira específica, o direito que a criança tem de conviver saudavelmente com ambos os genitores.

O abandono afetivo material não é o pior, mesmo porque o Direito tenta remediar essa falta, oferecendo alguns mecanismos de cobrança e sanção aos pais abandônicos. O Código Penal, por exemplo, tipifica como crime o abandono material e intelectual (arts. 244/246) e a lei civil estabelece pena de penhora e/ou prisão para os devedores da pensão alimentícia. O mais grave é mesmo o abandono psíquico e afetivo, a não-presença no exercício de suas funções paternas, como aquele que representa a lei, o limite, segurança e proteção.¹⁸

¹⁶ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família? *Revista Direito & Justiça*, v. 35, p. 65, jan./jun. 2009.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 12.318/2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

¹⁸ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Pai, porque me abandonastes? Disponível em: <<http://www.rj.apase.org.br>>. Acesso em: 12 fev. 2012.

Descumprir o dever de formar a personalidade da criança é desrespeitar a sua dignidade como pessoa humana e violar a Constituição Federal, já que é este o princípio basilar que fundamenta o Estado Democrático de Direito¹⁹.

2.1 DANOS PSICOLÓGICOS CAUSADOS AOS FILHOS

Quando se fala de separação, inevitavelmente se fala também em conflitos e discussões que acabam por afetar diretamente os filhos. Por mais que se busque proteger a criança e, mais ainda, o adolescente, é impossível eliminar as consequências da ruptura dos laços conjugais.

Mesmo quando esta dissolução ocorre de comum acordo entre os pais e em um ambiente não hostil, é impossível negar que os filhos têm o seu mundo alterado; há mudanças significativas que envolvem, principalmente, a privação da companhia constante de um dos pais.

É importante salientar que existem outras formas de abandono afetivo, tão graves quanto o abandono decorrente da separação dos pais. Bastante comum é o abandono deliberado, no qual o pai sequer pretende reconhecer o filho como seu e o faz, exclusivamente, por medidas judiciais que o obrigam a exercer a paternidade responsável, ao menos do ponto de vista material.

As crianças, vítimas do abandono deliberado, são privadas do afeto e do convívio sadio com os seus pais desde a concepção e permanecem por toda a vida à espera de carinho e afeto, que jamais acontecem.

A psicologia tem estudado a questão dos vínculos afetivos e o rompimento destes, estabelecendo teorias da vinculação (este termo designa os laços afetivos). A Teoria da Vinculação de Bowlby (1981), por exemplo, postulou as experiências afetivas com os pais como a base para as relações afetivas futuras, demonstrando que a acessibilidade de figuras parentais é o único meio capaz de produzir sentimentos de segurança na criança²⁰.

O amor e o afeto são sentimentos essenciais ao desenvolvimento humano, e as relações afetivas estabelecidas e fortalecidas nos vínculos familiares terão

¹⁹ COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 368, v. 56, p. 60, jun. 2008.

²⁰ MARÇAL, Isabel Maria Palma Esteves Rosinha. Abandono psicológico: estudo exploratório. Um contributo dos profissionais do centro de acolhimento temporário de menores em risco. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/632>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

influência nas relações futuras da criança, provocando, antes de tudo, danos à personalidade do indivíduo, maculando o ser humano como pessoa.

Tamanha é a importância da efetiva participação materna e paterna na vida dos filhos que o legislador criou mecanismos a fim de garantir a regulamentação de visitas e minimizar os danos causados pela ruptura da relação entre os pais, a qual não pode estender-se aos filhos.

A despeito de toda a proteção que o direito procura estender à criança e ao adolescente, o abandono afetivo provocado pelos pais na inadimplência dos seus deveres conduz os filhos a experimentarem a triste vivência do abandono e da rejeição, que em si trazem profundas e permanentes marcas psíquicas e emocionais. Maria Isabel Pereira da Costa sintetiza de forma clara os danos que a omissão do afeto pode causar:

O inadequado exercício da paternidade/maternidade interfere de maneira danosa no desenvolvimento dos filhos. O desprezo, a indiferença, a falta de afeto interferem na formação da personalidade e trazem, como consequência, a agressividade, a insegurança, a infelicidade, o abuso de drogas, o aumento de criminalidade e etc. Por isso a importância da responsabilização dos pais pelas omissões de deveres inerentes ao exercício das funções inerentes [sic] ao Poder Familiar. E a omissão do afeto é de extrema gravidade pelos danos que causa à formação dos filhos. Assim, a observância do princípio da afetividade nada mais é do que o respeito a uma nova ordem jurídica em que o afeto é elemento agregador da família.²¹

Também é reputada à ausência das funções paternas/maternas uma significativa contribuição para o aumento alarmante do fenômeno social conhecido como “delinquência juvenil”²², que nada mais é do que a demonstração visível e palpável de menores infratores resultantes de famílias desestruturadas, nas quais houve pouca ou nenhuma orientação e afetividade.

²¹ Costa, 2008, p. 53.

²² GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise rumo à nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2004. p. 225.

3 ELEMENTOS DO DEVER DE INDENIZAR E SUA APLICAÇÃO AO ABANDONO AFETIVO

A indenização pelo abandono afetivo é uma construção doutrinária; não tem previsão expressa no Código Civil. No entanto, esta possibilidade de reparação está fundamentada no fato de o genitor ter, voluntariamente, descumprido com deveres legais que causaram dano ao filho, em uma fase da vida em que o afeto é essencial para a sua formação plena e saudável.

A responsabilidade pelo abandono afetivo deve ser analisada e mensurada pelos critérios definidores da responsabilidade civil existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, a responsabilidade civil se caracteriza pelo dever de reparar os danos causados a outrem, quer por omissões voluntárias, negligentes ou imprudentes. Sérgio Cavalieri Filho²³ define que toda conduta humana que, violando dever jurídico originário, causa prejuízo a outrem é fonte geradora de responsabilidade civil.

A responsabilidade prevista nos arts. 186 e 927 do Código Civil é chamada “responsabilidade extracontratual” ou “aquiliana”, pois se trata de uma ação ou omissão do ofensor que dá origem ao dano sofrido pela vítima²⁴. São duas as modalidades de responsabilidade extracontratual quanto ao fundamento: subjetiva, se fundada na culpa, e objetiva, se ligada ao risco²⁵.

“Quando ocorre a prática de um ato ilícito, ocorre a violação de um dever jurídico e, em geral, a causação de um dano a outrem”²⁶. O ato ilícito que impede o pleno desenvolvimento da personalidade da pessoa humana quando causado por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, por analogia se enquadra ao disposto no art. 186 do Código Civil e deve ser reparado, ainda que o dano seja exclusivamente moral (art. 927 do Código Civil).

Uma vez que a distinção entre dano patrimonial e dano moral não decorre da natureza do direito ou interesse lesado, mas sim da repercussão da lesão sobre o lesado, configura-se como moral o dano causado nas relações paterno-

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.

²⁴ ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.intertermas.unitoledo.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

²⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 525.

²⁶ ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais da responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 58.

-filiais pelo abandono afetivo²⁷. Segundo Silvio de Salvo Venosa²⁸, “dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima”.

Maria Celina Bodin de Moraes considera que o dano moral se revela na violação de cláusula geral de tutela da pessoa humana, seja causando um prejuízo material ou extrapatrimonial em relação à dignidade, mesmo se ainda não reconhecido como parte de alguma categoria jurídica; a lesão à dignidade humana deve ser medida pelas consequências que gera²⁹.

O dever de indenizar decorrente do abandono afetivo deve encontrar os seus elementos de configuração na funcionalização das entidades familiares, já que estas devem priorizar a realização da personalidade de seus membros³⁰.

3.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A maioria dos doutrinadores, defensores da responsabilização por abandono afetivo, consideram como “implausível admitir que os pais não tenham ciência das consequências do comportamento adotado”³¹, considerando como pressupostos desta responsabilidade a conduta, o dano e onexo causal.

Sérgio Cavalieri Filho conceitua a conduta como um comportamento humano voluntário que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas³². A conduta é o ato humano positivo (ação) ou negativo (omissão) do qual decorreu o dano, e a voluntariedade é o principal elemento da conduta humana caracterizador da ação, pois resulta da liberdade de escolha do agente imputável, com o discernimento necessário para ter consciência daquilo que faz³³.

²⁷ DIAS, José de Aguiar. Da responsabilidade civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 156.

²⁸ VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 33.

²⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 183 e 184.

³⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material, p. 9. Disponível em: <<http://ibdfam.org.br/impressão/.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

³¹ VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade frente ao afeto. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/direito/graduação/tc/tc11/trabalho2007.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

³² Cavalieri Filho, 2010, p. 24.

³³ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2010. p. 69.

Para que a conduta humana acarrete a responsabilidade civil do agente, é imprescindível a comprovação do dano dela decorrente³⁴. Sem a ocorrência do dano, não existe a indenização. Mas há necessidade de se estabelecer o dano de forma cuidadosa, utilizando uma metodologia própria na qual se deve estabelecer o nexo de causalidade essencial, que é a “consequência nefasta e prejudicial que se produzirá na esfera subjetiva, íntima e moral do filho”³⁵, mensurada por meio de laudos psicológicos para que se possa apurar a extensão dos danos sofridos pelo abandonado.

Considerando que o dano ocasionado pelo abandono afetivo é extrapatrimonial, configurando, portanto, dano moral, deve-se verificar a abrangência das consequências do abandono. No entendimento de Sérgio Cavaliere Filho, só deve ser considerado como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento ou a humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar³⁶.

A ênfase da responsabilização civil repousa sobre a consequência da ação ou omissão muito mais do que na conduta em si.

A doutrina brasileira aponta uma extensa ampliação do rol de hipóteses de dano moral reconhecidas jurisprudencialmente, garantindo o direito à integridade moral e protegendo os atributos psicológicos relacionados à pessoa, como: a honra, a imagem, o recato, a vida privada e o nome. “Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana”³⁷.

Para que a responsabilidade civil seja evidenciada, não é suficiente que haja o dano nascido de um ato ilícito, mas é necessário que o ato ilícito tenha sido o causador do dano, existindo um laço de causalidade entre ambos. A despeito da existência do dano, se a sua causa não estiver relacionada com o comportamento do agente, não haverá que se falar em relação de causalidade e, obviamente, em obrigação de indenizar³⁸.

³⁴ BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/artigos/>>. Acesso em: 4 mar. 2012.

³⁵ Hironaka, loc. cit.

³⁶ Cavaliere Filho, op. cit., p. 87.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185.

³⁸ Britto, 2012, p. 10.

O nexó de causalidade da responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo deve ser cuidadosamente examinado, a fim de se estabelecer não apenas a existência do dano, mas também a sua causa. Importante verificar em caráter retrospectivo se os sintomas dos danos sofridos pelo filho começaram a se manifestar com a efetiva ausência física do genitor³⁹.

Não se pode desprezar a relevância do estudo da culpa na responsabilidade civil. O comportamento do agente será reprovado ou censurado quando, diante de circunstâncias concretas do caso, se entende que ele poderia ou deveria ter agido de modo diferente. Portanto, o ato ilícito qualifica-se pela culpa⁴⁰.

Na conduta omissiva do pai ou da mãe, estará presente a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhes são impostos como decorrência do poder familiar se também estiver presente a voluntariedade de tal omissão⁴¹.

Embora a opinião majoritária dos doutrinadores seja no sentido de caracterizar a responsabilidade nos casos de abandono afetivo como subjetiva, fundada na culpa, não se pode ignorar que há situações em que o dolo dos pais é evidente. É o que ocorre nos casos em que o genitor finge que o filho não existe, apresentando uma recusa em reconhecer a paternidade ou colaborar financeiramente com o sustento da criança, muitas vezes resultante de um relacionamento rápido e inconsequente. E nestes episódios em que o apoio financeiro só é obtido por meios judiciais, em geral, o pai não admite estabelecer qualquer vínculo afetivo, pouco se importando com as consequências que a sua ação pode provocar no abandonado.

4 O OLHAR DOS TRIBUNAIS

Sob o fundamento de que a afetividade é o princípio de Direito de Família, como derivação implícita do princípio da solidariedade (art. 3º, inciso I, da Constituição Federal) e da dignidade da pessoa humana, começaram a surgir provocações ao Poder Judiciário pleiteando indenizações por dano moral em casos em que há abandono afetivo dos pais em relação aos filhos. Os pedidos são fundamentados no presumido dano moral e psíquico sofrido em decorrência

³⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁴⁰ Diniz, 2009, p. 41.

⁴¹ Id.

da ausência ou do desprezo do ascendente sob a alegação de que a obrigação do genitor não se esgota no dever do sustento material, mas inclui o dever de cuidado e afeto⁴².

O assunto da responsabilidade civil por abandono afetivo não está pacificado nos Tribunais e muito menos entre os doutrinadores e juristas que, diante do crescimento dos pedidos de indenização, têm levantado alguns questionamentos a respeito dos desdobramentos do dano moral relacionado ao abandono afetivo. Há opiniões e teses divergentes que partem da premissa de que “a lei não impõe aos pais dever de dar amor, afeto, em função da educação ou convivência familiar”⁴³.

Alguns autores acreditam que a concessão da indenização por abandono moral enterra definitivamente a possibilidade de restabelecer a relação afetiva entre pais e filhos, seja no presente ou no futuro. Afirmam ainda que escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a manter um relacionamento afetivo⁴⁴.

Em oposição aos que defendem a afetividade como dever dos pais, há o argumento de que, uma vez adimplidas as obrigações de alimentos e demais exigências materiais, não pode a lei impor a manutenção de laços sentimentais⁴⁵.

As divergências de opiniões têm alcançado também as decisões judiciais. Pode-se citar o Acórdão nº 757.411/MG (2005/0085464-3), do Superior Tribunal de Justiça, que tratou da reparação pelo abandono moral do filho em face do pai, fundamentado na responsabilidade civil, por ato ilícito, mas que, ao final, teve a improcedência pela impossibilidade jurídica do pedido⁴⁶.

O autor da ação, Alexandre Batista Fortes, manteve contato razoavelmente regular com o pai até os seis anos de idade, ocasião em que nasceu a sua irmã, fruto de um novo relacionamento conjugal do pai. Após o nascimento da irmã e

⁴² NASSARALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. *Boletim da Escola de Defensoria Pública*, n. 3, p. 30, jul./dez. 2011 (ISSN 1984-4875).

⁴³ MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: filho-dano moram x pai-abandono afetivo. E a família? *Revista Direito & Justiça*, v. 35, p. 66, jan./jun. 2009.

⁴⁴ ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? *Revista CEJ*, Brasília, n. 35, p. 50, out./dez. 2006.

⁴⁵ COSTA, Maria da Fé Bezerra da; DIAS, Bianca Gabriela Cardoso. Abandono afetivo nas ordens constitucional e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

⁴⁶ BRASIL. STJ. Documento 595269. Recurso Especial nº 757.411/MG (2005/0085464-3). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

durante quinze anos, o pai se manteve afastado e, mesmo com todas as tentativas de aproximação do filho, esteve ausente até mesmo em datas importantes, como aniversários e formatura. Os laudos psicológicos constataram que o afastamento do pai foi uma questão psíquica de difícil elaboração para Alexandre, interferindo nos fatores psicológicos que compõem a sua identidade. Reconhecidos os danos, o Tribunal fixou a indenização por danos morais em R\$ 44.000,00⁴⁷.

A decisão do Tribunal foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL – ABANDONO MORAL – REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS – IMPOSSIBILIDADE

A indenização por dano moral pressupõe a prática de ato ilícito, não rendendo ensejo à aplicação da norma do art. 159 do Código Civil de 1916 o abandono afetivo, incapaz de reparação pecuniária. Recurso especial conhecido e provido.

O Ministro César Asfor Rocha, no mencionado recurso especial, justifica o seu voto favorável:

[...] Penso que o Direito de Família tem princípios próprios que não podem receber influência de outros princípios que são atinentes exclusivamente ou – no mínimo – mais fortemente – a outras ramificações do Direito. Esses princípios do Direito de Família não permitem que as relações familiares, [...] sejam disciplinadas pelos princípios do Direito das Obrigações. [...] Essa compreensão decorre da importância que tem a família, que é alçada à elevada proteção constitucional como nenhuma outra entidade vem receber, dada a importância que tem a família na formação do próprio Estado [...].

O Ministro Barros Monteiro, contrariando o raciocínio dos demais colegas, proferiu em seu voto vencido:

⁴⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais condenou o réu a pagar 44 mil reais por entender configurado nos autos o dano sofrido pelo autor em sua dignidade, bem como por reconhecer a conduta ilícita do genitor ao deixar de cumprir com seu dever familiar de convívio e afeto com o filho, deixando assim de preservar os laços da paternidade. Esses fatos são incontroversos. Penso que daí decorre uma conduta ilícita da parte do genitor que, ao lado do dever de assistência material, tem o dever de dar assistência moral ao filho, de conviver com ele, de acompanhá-lo e dar-lhe o necessário afeto. Como se sabe, na norma do art. 159 do Código Civil de 1916, está subentendido o prejuízo de cunho moral, que agora está explícito no Código novo. Leio o art. 186: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. [...] O dano resta evidenciado com o sofrimento, com a dor, com o abalo psíquico sofrido pelo autor durante todo esse tempo. Considero, pois, ser devida a indenização por dano moral no caso, sem cogitar de, eventualmente, ajustar ou não o *quantum* devido, porque me parece que este aspecto não é objeto do recurso. Penso também, que a destituição do poder familiar, que é uma sanção do Direito de Família, não interfere na indenização por dano moral, ou seja, a indenização é devida além dessa outra sanção prevista não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, como também no Código Civil anterior e atual. Por essas razões, rogando vênias mais uma vez, não conheço do recurso especial.

O Relator Ministro Fernando Gonçalves fundamentou o voto, argumentando:

O pai, após condenado a indenizar o filho por não ter lhe atendido às necessidades de afeto, encontrará ambiente para reconstruir o relacionamento ou, ao contrário, se verá definitivamente afastado daquele pela barreira erguida durante o processo litigioso? Quem

sabe admitindo a indenização por abandono moral não estaremos enterrando em definitivo a possibilidade de um pai, seja no presente, seja perto da velhice, buscar o amparo e amor do filho [...].

Inconformado com a decisão proferida em sede de recurso especial, Alexandre Batista Fortes recorreu, em 2009, ao Supremo Tribunal Federal em Recurso Extraordinário nº 567.164; no entanto, o mérito no recurso sequer foi analisado, uma vez que houve o arquivamento pela Ministra Ellen Grace, que alegou inexistência de ofensa direta à Constituição Federal. Em razão da alegação de ofensa aos arts. 1º e 5º, incisos V e X, e art. 229 da Constituição Federal, a Ministra salientou:

O apelo extremo é inviável, pois esta Corte fixou o entendimento segundo o qual a análise sobre a indenização por danos morais limita-se ao âmbito de interpretação de matéria infraconstitucional, inatacável por recurso extraordinário. Conforme o ato contestado, a legislação pertinente prevê punição específica, ou seja, perda do poder familiar, nos casos de abandono do dever de guarda e educação dos filhos.⁴⁸

O Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu várias decisões denegatórias recentes, baseadas na inexistência de ato ilícito no campo obrigacional envolvendo o abandono afetivo, citando como exemplo a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Recurso Especial nº 757.411/MG⁴⁹.

Outra decisão judicial que alcançou destaque na mídia foi prolatada em São Paulo pelo Juiz de Direito Luis Fernando Cirillo no Processo nº 01.36747-0 da 31ª Vara Cível Central. A filha, autora da ação, conviveu com o pai durante poucos meses após o seu nascimento, ocasião em que o pai separou-se da mãe e constituiu nova família e teve três filhos.

Na decisão, publicada em 26 de junho de 2004, o magistrado fundamentou os motivos da sua convicção:

⁴⁸ BRASIL. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

⁴⁹ SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

A paternidade provoca o surgimento de deveres. Examinando-se o Código Civil vigente à época dos fatos verifica-se que a lei atribuía aos pais o dever de direção da criação e educação dos filhos, e de tê-los não somente sob sua guarda, mas também sob sua companhia (art. 384, I e II). Há, portanto, fundamento estritamente normativo para que se conclua que a paternidade não gera apenas deveres de assistência material, e que além da guarda, portanto independentemente dela, existe um dever, a cargo do pai, de ter o filho em sua companhia. Além disso, o abandono era previsto como causa de perda do pátrio poder (art. 395, II), *sendo cediço que não se pode restringir a figura do abandono apenas à dimensão material.* [...] Vê-se, portanto, que não há fundamento jurídico para se concluir, primeiro, que não haja dever do pai de estabelecer um mínimo de relacionamento afetivo com seu filho e, em segundo lugar, que o simples fato da separação entre pai e mãe seja fundamento para que se dispense quem não fica com a guarda do filho de manter esse relacionamento. *A par da ofensa à integridade física (e psíquica) decorrente de um crescimento desprovido do afeto paterno, o abandono afetivo se apresenta também como ofensa à dignidade da pessoa humana, bem jurídico que a indenização do dano moral se destina a tutelar.*⁵⁰ (grifo acrescentado)

A decisão condenou o pai ao pagamento de R\$ 50.000,00 à sua filha a título de danos morais e o custeio de tratamento psicológico da mesma. O pai apelou da sentença ao Tribunal de Justiça de São Paulo.

No Rio Grande do Sul, também houve outra decisão favorável ao pedido de indenização por abandono afetivo no Processo nº 141/1030012032-0, que tramitou na Comarca de Capão da Canoa. Neste caso, os pais são solteiros e nunca chegaram a conviver; a participação do pai se resumia a pagar mensalmente a pensão alimentícia no valor de R\$ 1.000,00.

⁵⁰ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos - Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

A seguir um trecho da sentença do Juiz Mario Romano Maggioni⁵¹:

A educação abrange não somente a escolaridade, mas também a convivência familiar, o afeto, amor, carinho, ir ao parque, jogar futebol, brincar, passear, visitar, estabelecer paradigmas, criar condições para que a criança se auto-afirme. Desnecessário discorrer acerca da importância da presença do pai no desenvolvimento da criança. A ausência, o descaso e a rejeição do pai em relação ao filho recém-nascido ou em desenvolvimento violam a sua honra e a sua imagem. Basta atentar para os jovens drogados e ver-se-á que grande parte deles deriva de pais que não lhe dedicam amor e carinho; assim também em relação aos criminosos. De outra parte se a inclusão no SPC dá margem à indenização por danos morais pois viola a honra e a imagem, quanto mais a rejeição do pai.

[...]

III - Face ao exposto, julgo procedente a ação de indenização proposta por D. J. A. contra D. V. A., forte no art. 330, II, e no art. 269, I, do CPC, c/c com o art. 5º, inciso X, da Constituição Federal e art. 22 da Lei nº 8.069/1990 para condenar o demandado ao pagamento de R\$ 48.000,00 (quarenta e oito mil reais), corrigidos e acrescidos de juros moratórios a partir da citação. Condene o demandado ao pagamento das custas processuais e honorários do patrono da parte adversa que arbitro em 10% sobre o valor da condenação a teor do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, ponderado o valor da causa e ausência de contestação.

Em 2005, houve, na Argentina, um caso de grande repercussão. O filho italiano do jogador de futebol Diego Maradona denunciou o pai por falta de atenção familiar, difamação e danos morais. Em uma edição de seu programa “A Noite do 10”, exibido pela televisão argentina, Maradona disse que um juiz o

⁵¹ DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

obrigou a dar dinheiro ao filho, e enfatizou: “Mas não pode obrigar-me a sentir amor por ele”⁵².

A *Constitución de la Nación Argentina*, datada de 22 de agosto de 1994, não contém dispositivo específico à proteção da dignidade da pessoa humana, mesmo sabendo que esta proteção é perseguida quando se menciona a promoção do bem-estar geral e da liberdade para todas as pessoas. Da mesma forma, as demais codificações legais do país não explicitam a responsabilidade civil no que se refere à integridade físico-psíquica do cidadão abandonado por seus genitores. No entanto, a doutrina e a jurisprudência tratam satisfatoriamente do dano moral e dos desequilíbrios existenciais que excedem a emoção do ser humano. Por conseguinte, podem merecer ressarcimento indenizatório⁵³.

A seguir trecho do entendimento de um Tribunal argentino a respeito da reparação por dano moral:

*La reparación del daño moral no se limita al “dolor” y a “sufrimiento”, sino que debe abarcar el conjunto de repercusiones extrapatrimoniales desfavorables. [...] Todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral.*⁵⁴

A frase de Diego Maradona resume a limitação da lei, quer no Brasil ou na Argentina, diante deste assunto – tão delicado quanto difícil –, que é o da responsabilidade por abandono afetivo. A sociedade e a comunidade jurídica têm buscado olhar para o tema com grande cuidado. Assim ocorre também com o Judiciário: “É inegável e louvável a disposição e a seriedade com as quais o Poder Judiciário brasileiro tem se conduzido, nesse novo viés judicial, o qual tende a avolumar-se cada vez mais”⁵⁵.

⁵² CARBONE, Ângelo. Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2012.

⁵³ SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁵⁴ GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. Resarcimento de daños – Cúanto por daño moral (la indemnización em desequilíbrios existenciais). Buenos Aires: Hammurabi, t. 5, 2005. p. 33. In: SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina, p. 9 e 10. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

⁵⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos – Além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/impressao.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

Etodocuidadoédegranderelevânciaquando se fala em não “monetização das ações de indenização” nas relações familiares. A quantificação do dinheiro não devolve o afeto perdido ou os relacionamentos rompidos, mas coloca o assunto “na pauta da sociedade, de modo a fazer que todos prestem atenção de alguma forma!”⁵⁶.

Este também foi o objetivo da famosa atriz francesa Brigitte Bardot, em 1960. Ela sofreu danos de natureza moral e requereu, na ação de indenização própria, que o causador da lesão fosse condenado a pagar “um franco” como reparação. Ao vencer a demanda, a atriz recebeu o único franco em sessão na qual os meios de comunicação estiveram presentes e fizeram ampla divulgação do fato. A decisão alcançou o caráter pedagógico e dissuasório da condenação⁵⁷.

4.1 DECISÕES JUDICIAIS INOVADORAS

A questão da responsabilidade civil no âmbito familiar tem causado grandes discussões e, como não poderia deixar de ser, também tem provocado grandes mudanças no sistema jurídico, tornando mais abrangente a interpretação das normas, a fim de atender a todas as situações juridicamente relevantes.

A jurisprudência internacional demonstra que as cortes de diversos países do mundo têm se deparado com situações novas no âmbito das relações familiares, que exigem também decisões inovadoras, a fim de atender às exigências da sociedade, a qual evolui mais rápido do que o próprio Direito.

O Tribunal de Milão reconheceu que a mulher abandonada no dia seguinte à notícia de sua gravidez sofreu um dano ressarcível representado pela “modificação prejudicial da sua esfera pessoal de sujeito, entendida como complexo de atividades, mas também de experiências afetivas, emocionais e relacionais, em que o sujeito explica sua própria personalidade, bem mais grave que o mero deságio normalmente resultante da ruptura da união conjugal”. O Tribunal ressaltou, ainda, que a conduta do cônjuge que deixa a mulher grávida representa violação dos deveres matrimoniais, cuja gravidade se torna ainda mais intensa diante das condições de “particular fragilidade e necessidade de assistência e suporte moral e afetivo” que decorrem da gravidez⁵⁸.

⁵⁶ Hironaka, loc. cit.

⁵⁷ Hironaka, loc. cit.

⁵⁸ MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Nova ética familiar: aplicação do princípio responsabilidade como fundamento da imputação civil dos danos no Direito de Famílias. *Revista UNIPAR*, Londrina, v. 12, n. 2, p. 36, set. 2011.

Em 1950, o Tribunal de Piacenza, também na Itália, julgou procedente a ação que imputava aos pais a responsabilidade por dano pré-concepcional causado à integridade física do filho, a quem transmitiram moléstia contagiosa⁵⁹.

Na jurisprudência americana, há o registro de uma ação intentada em 1980 contra a mãe por um filho, por danos causados à dentição da criança em consequência de ter a mãe ingerido medicamentos contendo a substância tetracycline. A Corte de Apelação de Michigan reconheceu neste caso, *Grodin v. Grodin*, a existência do dever legal da mãe em relação ao filho, desde a concepção; a Corte entendeu que ela deveria ter evitado qualquer comportamento abusivo ou negligente que pudesse causar dano ao filho em formação⁶⁰.

Um outro exemplo de decisão que visa à proteção dos direitos do nascituro ocorreu em 1981 e foi julgado pela Suprema Corte da Geórgia (*Jefferson v. Spalding County Hospital*), a qual ordenou à mãe grávida de trinta e nove semanas submeter-se, contra sua vontade, a uma cesariana para salvar a vida do bebê, ameaçada em razão de um problema da gestação. A Corte outorgou ao Estado a guarda provisória do nascituro⁶¹.

Mais recentemente aconteceu na França outro caso polêmico⁶². O Acórdão nº 457, julgado em 17 de novembro de 2000 pela Corte de Cassação francesa, confirmou o direito de uma criança nascida com deficiência figurar como autora, por representação, de uma ação judicial de reparação de danos proposta em face do médico de sua mãe, pelo fato de ter havido negligência no diagnóstico pré-natal, meio capaz de prever anomalia fetal, que provocou a perda da chance de Josette Perruche optar pela interrupção voluntária da gravidez de Nicolas Perruche. A criança nasceu cega, surda e com transtorno mental.

Ao ser concedida a indenização do Acórdão Perruche, a mais alta Corte da França deixou implícito o reconhecimento e a reparação de certo direito de não nascer. Houve, em consequência disso, um grande descontentamento com a decisão por parte da sociedade civil organizada e, dois anos depois, foi promulgada uma lei de cunho mais humanista, conhecida como lei anti-Perruche, que dispõe, em seu art. 1º, que não há dano decorrente do simples

⁵⁹ BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 194.

⁶⁰ Berti, 2008, p. 194.

⁶¹ Id., p. 197.

⁶² GODOY, Gabriel Gualano. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. Tese de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

fato “nascimento”, pois uma vida nunca pode ser injusta; todas as “vidas” são preciosas e merecem ser tuteladas.

Na jurisprudência brasileira, causou grande repercussão na mídia e no mundo jurídico a recente decisão que julgou o Recurso Especial nº 1.159.242/SP⁶³. A ação tratou do pedido de indenização por danos materiais e compensação por danos morais ajuizada por Luciane Nunes de Oliveira Souza em face de seu pai, Antonio Carlos Jamas dos Santos, que recorreu da decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual condenou o recorrente ao pagamento de R\$ 415.000,00. No voto da Relatora Ministra Nancy Andrighi, a magistrada enfatizou:

Colhe-se tanto na manifestação da autora quanto do próprio senso comum que o desvelo e atenção à prole não podem mais ser tratadas como acessórios no processo de criação, porque, há muito, deixou de ser intuitivo que o cuidado, vislumbrado em suas diversas manifestações psicológicas, não apenas um fator importante, mas essencial à criação e formação de um adulto que tenha integridade física e psicológica e seja capaz de conviver, em sociedade, respeitando seus limites, buscando seus direitos, exercendo plenamente sua cidadania. [...] Aqui não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos. [...] Em suma, amar é faculdade, cuidar é dever.

O recurso especial foi parcialmente provido pelo STJ, reduzindo apenas o valor da indenização de R\$ 415.000,00 para R\$ 200.000,00.

Esta decisão do STJ, prolatada em abril de 2012, foi totalmente contrária à decisão do mesmo Tribunal em novembro de 2005, que não reconheceu o pedido de indenização de Alexandre Fortes em face de seu pai. As ações são semelhantes, mas as decisões foram opostas.

Pelo estudo das decisões relativas ao abandono afetivo, conclui-se que as decisões são conflitantes e os entendimentos divergentes. E talvez esta divergência ocorra pelo fato de que o dever de cuidado e afeto não está explícito no Código Civil ou no Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, a lei não

⁶³ BRASIL. STJ. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 1º jul. 2012.

obriga ninguém a amar, mas apenas é compulsória no que se refere às obrigações materiais de prover o sustento e a educação dos filhos.

O Projeto de Lei nº 4.294/1998, do deputado Carlos Bezerra, pretende preencher esta lacuna da lei, acrescentando parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406/2002 - Código Civil - e ao art. 3º da Lei nº 10.741/2003 - Estatuto do Idoso -, de maneira a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo dos filhos pelos pais e também dos idosos por seus filhos ou familiares diretos. O projeto tramita em caráter conclusivo e atualmente encontra-se sob a análise da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania⁶⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conta do dinamismo da instituição familiar, acontecimentos sociais ocorridos ao longo do tempo imprimiram novos conceitos na organização da família, os quais exigiram também significativas mudanças normativas. A família patriarcal e patrimonialista, constituída somente por meio do casamento, foi substituída por uma nova concepção que rompeu com a ideia tradicional e estabeleceu o eudemonismo como característica familiar predominante.

A Constituição Federal de 1988 e o Código Civil brasileiro de 2002 representam importante contribuição para a tutela das novas relações familiares, na medida em que de tais dispositivos emanaram direitos fundamentais imprescindíveis para o Estado Democrático de Direito, entre os quais se destaca o princípio da dignidade humana, considerado o núcleo axiológico constitucional.

A Carta Maior estabeleceu, de forma definitiva, a igualdade entre os cônjuges, liberdades e garantias à mulher e o reconhecimento do estado de filiação constituído como personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado sem qualquer restrição.

Deve-se também à evolução legislativa a elevação do afeto a princípio constitucional, estendendo a proteção do Estado não só à família matrimonializada, mas a todas as uniões fundamentadas na afetividade, seja nas relações de parentalidade e de conjugalidade ou no companheirismo heterossexual ou homossexual. A manifestação do princípio da liberdade e da igualdade entre os diversos tipos de entidade familiar é evidenciada pelos

⁶⁴ ALMEIDA, Crislaine Maria Silva de; NORONHA, Fernanda Durães. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos - A paternidade responsável e o Projeto de Lei nº 4.294/2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

vínculos psicológico-afetivos que unem os indivíduos nas relações familiares e a prioridade de tais laços sentimentais em relação a valores patrimoniais.

Em que pese todo o progresso das normas legais, a fim de alcançar a adequação das novas formas de convívio familiar pautadas no afeto, há uma lacuna na legislação brasileira ao não dispor, de maneira explícita, a proteção dos filhos que sofrem o abandono afetivo parental. No entanto, não se pode dizer que a ação de responsabilidade civil por abandono afetivo não seja, juridicamente, cabível.

A dignidade da pessoa da criança, expressa no direito à vida, à saúde, à educação, à alimentação, à cultura e à convivência familiar deve estar a salvo de toda negligência e não pode estar dissociada do direito ao cuidado e afeto que fazem parte da responsabilidade paterna/materna. Tal dever não se reveste apenas em prover as necessidades materiais dos filhos, mas está diretamente vinculado ao conceito de paternidade responsável, que visa a garantir à criança um desenvolvimento pleno que alcance a dimensão física, mental e social. Desprezar o aspecto físico-psíquico significa ofensa à dignidade humana.

O objetivo da reparação por abandono afetivo parental não é obrigar o genitor a amar ou forçar o ressarcimento por um grave dano, mas sim exercer a função punitiva de comportamentos passados e, de forma pedagógica e persuasória, prevenir ou coibir a repetição de futuras condutas tão lesivas. Mas é prudente que a constatação da responsabilidade seja pautada em laudos psicológicos e análise minuciosa das circunstâncias fáticas, a fim de se verificar se realmente houve a culpa do genitor, já que no entendimento dos doutrinadores a responsabilidade é subjetiva.

Não há dúvida de que a essencialidade da afetividade nas relações e a questão da mensuração dos danos morais são hoje um desafio para a ciência jurídica, pois se revestem da complexidade inerente aos valores de caráter subjetivo. Ao julgar os casos em que se deparam valores tão delicados quanto complexos, o juiz contemporâneo, ao aplicar a lei, deve colocar a afetividade no âmago da personalidade humana e buscar socorro na interdisciplinaridade com a Psicologia, a Psiquiatria e as outras ciências afins.

Por isso é tão significativa a decisão do STJ que concedeu a Luciane Nunes de Oliveira Souza, já uma adulta, a indenização por abandono afetivo. O Poder Judiciário obrigou a reparação da conduta de um pai que durante anos tentou ignorar a existência da filha concebida fora do casamento e cuja paternidade foi também obrigado a reconhecer pelas vias judiciais.

A sociedade aguarda, com interesse, o parecer do STF, já que o pai de Luciane vai recorrer da decisão, mas espera-se que a mais alta Corte brasileira não fique alheia ao fato já constatado pelo STJ: não penalizar o abandono afetivo parental é “negar ao cuidado o status de obrigação legal; importa na vulneração da membrana constitucional de proteção ao menor e adolescente”.

O Poder Judiciário se mostrou coerente ao acolher o pedido de uma filha magoada pela atitude de indiferença do pai e se revelou justo ao atribuir a responsabilidade a quem tem e dela se esquivava. Que esta seja apenas a primeira de muitas decisões no mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Crislaine Maria Silva de; NORONHA, Fernanda Durães. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos – A paternidade responsável e o Projeto de Lei nº 4.294/2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2012.

ALMEIDA, José Luiz Gavião de. Novos rumos da responsabilidade civil por ato ilícito. In: ALMEIDA, José Luiz Gavião de (Org.). *Temas atuais de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2007.

ANGELO, Eduardo Murilo Amaro. A responsabilidade civil dos pais por abandono afetivo dos filhos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Disponível em: <<http://www.intertemas.unitedledo.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Abandono afetivo: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Revista CEJ*, Brasília, n. 33, abr./jun. 2006.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do bem de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BRASIL. Constituição Federal, artigo 226. Vade Mecum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Lei nº 12.318/2010. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

_____. STJ. Documento 595269. Recurso Especial nº 757.411/MG (2005/0085464-3). Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 15 jun. 2012.

BRITTO, Marcelo Silva. Alguns aspectos polêmicos da responsabilidade civil objetiva no novo Código Civil. Disponível em: <<http://www.juspodivm.com.br/artigos>>. Acesso em: 4 mar. 2012.

CARBONE, Ângelo. Justiça não pode obrigar o pai a amar o filho. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 12 maio 2012.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2010.

COSTA, Maria da Fé Bezerra da; DIAS, Bianca Gabriela Cardoso. Abandono afetivo nas novas ordens constitucional e civil: as consequências jurídicas no campo da responsabilização. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 21 fev. 2012.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. A responsabilidade civil dos pais pela omissão do afeto na formação da personalidade dos filhos. *Revista Jurídica*, São Paulo, n. 368, v. 56, jun. 2008.

DASSI, Maria Alice Soares. Indenização ao filho por descumprimento do dever de convivência familiar. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br>>. Acesso em: 21 mar. 2012.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 7 set. 2012.

DIAS, Maria Berenice. Incesto e o mito da família feliz. In: DIAS, Maria Berenice (Coord.). *Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver*. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Manual de direito das famílias*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro – Responsabilidade civil*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, v. III, 2010.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Princípios constitucionais de direito de família*. São Paulo: Atlas, 2008.

GODOY, Gabriel Gualano. Acórdão Perruche e o direito de não nascer. Tese de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2007.

GONZÁLEZ, Matilde Zavala de. Resarcimento de danos – Quanto por dano moral (la indemnización em desequilibrios existenciales). Buenos Aires: Hammurabi, t. 5, 2005. p. 33. In: SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável:

análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina, p. 9 e 10. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Direito de família e psicanálise rumo à nova epistemologia*. Rio de Janeiro: Imago, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Os contornos jurídicos da responsabilidade afetiva na relação entre pais e filhos além da obrigação legal de caráter material. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/imprensa.php?t=artigo&n=289>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

_____. Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo. Disponível em: <<http://www.buscalegis.cj.ufsc.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

MARÇAL, Isabel Maria Palma Esteves Rosinha. Abandono psicológico: estudo exploratório. Um contributo dos profissionais do centro de acolhimento temporário de menores em risco. Dissertação de Mestrado, 2004. 163 p. Disponível em: <<http://repositorio.ispa.pt/handle/10400.12/632>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

MATZENBACHER, Solange Regina Santos. Reflexão acerca da responsabilidade civil no Direito de Família: filho-dano moral x pai-abandono afetivo. E a família? *Revista Direito & Justiça*, v. 35, jan./jun. 2009.

MOLOGNI, Celina Kazuko Fujioka. Nova ética familiar: aplicação do princípio responsabilidade como fundamento da imputação civil dos danos no Direito de Famílias. *Revista UNIPAR*, Londrina, v. 12, n. 2, set. 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

NASSRALLA, Samir Nicolau. Reflexões acerca da responsabilidade civil parental por abandono afetivo. *Boletim da Escola de Defensoria Pública*, n. 3, jul./dez. 2011.

O GLOBO. Disponível em: <<http://www.oglobo.globo.com/.../aumenta-numero-de-casais-com-guarda-compartilhada>>. Acesso em: 8 set. 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; SILVA, Cláudia Maria. Nem só de pão vive o homem. *Revista Sociedade e Estado*, Brasília, v. 21, n. 3, set./dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 4 mar. 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SKAF, Samira. Responsabilidade civil decorrente de abandono afetivo paterno-filial. Disponível em: <<http://www.mp.mg.gov.br>>. Acesso em: 23 mar. 2012.

SOUZA, Ionete de Magalhães. Responsabilidade civil e paternidade responsável: análise do abandono afetivo no Brasil e na Argentina. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br>>. Acesso em: 2 mar. 2012.

TEJERINA VELÁZQUEZ, Victor Hugo. Novo Código Civil, família e sociedade contemporânea. Universidade Metodista de Piracicaba. Programa de Pós-Graduação. Mestrado em Direito. Piracicaba, 2002. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos>>. Acesso em: 9 set. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil, responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2003.

VIAFORE, Vanessa. O abandono afetivo e a responsabilidade frente ao afeto. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/direito/graduação/tc/tccl/trabalho200.pdf>>. Acesso em: 20 mar. 2012.

ÉTICA NA PESQUISA CIENTÍFICA: PLÁGIO INVOLUNTÁRIO E DIREITO AUTORAL

ETHICS IN SCIENTIFIC RESEARCH: INVOLUNTARY PLAGIARISM AND COPYRIGHT

Angela Kretschmann¹
Doutora em Direito

Ney Wiedemann Neto²
Professor de Argumentação Jurídica (Cesuca)

RESUMO: O artigo enfrenta as preocupações com a ética do trabalho científico, em especial no que diz respeito ao reconhecimento da autoria, e questiona a possibilidade da figura do “plágio involuntário” dentro de um contexto ético e jurídico. O artigo aborda o significado histórico do plágio, se o conceito se mantém historicamente ou se, na atualidade, o conceito deve ser revisto, considerando as formas inegáveis de diluição do significado também de autoria, questão que merece também adequado enfrentamento, em especial diante do panorama de proteção constitucional conferida ao direito de autor, como direito fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Plágio; ética; diluição da autoria.

ABSTRACT: *The article focuses on the concerns about the ethics of scientific and academic intellectual work, especially with regard to recognition of authorship, and questions the possibility of the figure of “unintentional plagiarism”, within an ethical and legal context. In addition, the article discusses the historical meaning of plagiarism itself, if the concept remains historically unchanged until the present, or not, considered the undeniable forms of dilution of meaning of authorship, question which also deserves adequate confrontation, particularly given the landscape of constitutional protection afforded to copyright as a fundamental right.*

KEYWORDS: *Plagiarism; ethics; dilution of authorship.*

¹ Coordenadora do Curso de Direito do Cesuca, Professora de Introdução ao Estudo do Direito e Inovação e Propriedade Intelectual (Unisinos e Cesuca), Advogada.

² Mestre em Poder Judiciário (FGV Direito Rio, 2009), Desembargador no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Uma abordagem histórica do plágio; 2 O plágio diante dos direitos fundamentais do autor; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 A historical approach to plagiarism; 2 Plagiarism on the fundamental rights of authorship; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Seria verdade que o plágio é mais comum nos dias atuais? Ou apenas ocorre que os casos de plágio são mais divulgados e retratados do que antigamente? É possível existir um plágio involuntário ou essa é uma construção que resulta apenas de nossa realidade digital? A ideia de plágio involuntário é compatível com a ética na pesquisa científica?

Para responder tais questões, a pesquisa buscou analisar se o conceito de plágio sempre foi uniforme no decorrer dos séculos, e, se ocorreu alguma mudança, qual seria o conceito de plágio de nossa época digital. Investiga-se, também, qual seria a melhor forma de aferir a existência de plágio, se a partir do direito do consumidor, ou a partir da previsão da lei autoral, ou, ainda, se a partir de uma visão ética – e no caso desta última, se é possível compatibilizar a ideia de “plágio involuntário” com a ética na pesquisa acadêmica.

1 UMA ABORDAGEM HISTÓRICA AO PLÁGIO

1.1 O TEMPO LÚDICO DO PLÁGIO

Conforme nos apresentou Posner (2009, p. 519), o conceito de plágio que hoje é mais conhecido refere-se a um modo romântico e iluminista, onde há uma supervalorização do indivíduo e, bem assim, da originalidade que esse indivíduo é capaz de produzir. É resultado de uma questão cultural particular, e muitas vezes está mais relacionada a algo material do que ideológico. Assim como o sujeito surge como indivíduo que é contemplado por direitos e liberdades individuais, também a obra de arte, o manuscrito, a poesia, o teatro, enfim, as obras artísticas e literárias passaram a receber uma valorização e proteção fortalecidas, diminuindo as chances de recriação, transformação e adaptação da obra originária sem autorização de seu autor ou titular.

Assim, por exemplo, nos apresenta também Andrew Keen, para quem todo conteúdo que é partilhado em nossa civilização digital, seja quantas vezes for copiado, linkado, hiperlinkado, etc., não deve ser esquecido que tal conteúdo foi escrito por alguém com criatividade própria e é resultado “do

uso disciplinado de seu talento” (Keen, 2007, p. 144) – e que as pessoas quando partilham esquecem que aquele bem é objeto de um árduo trabalho, que merece reconhecimento, e, portanto, não deve ser simplesmente copiado, pois isso além de ilegal é imoral (Keen, 2007, p. 145).

Ao contrário disso, na época antiga recriar, copiar e transformar era já caracterizado como capacidade criadora, e não cópia ilegítima. Aliás, isso ainda hoje é protegido pelo direito autoral, no sentido de que adaptações e transformações da obra originária também geram direito de autor, como a tradução, mas necessitam sempre de autorização do autor originário; do contrário, ferem prerrogativa do autor.

Em uma nova era revolucionária, agora da comunicação digital, ou a terceira revolução industrial (Rifkin, 2011, p. 26-27), onde a criação colaborativa e a produção própria, em especial diante das possibilidades tecnológicas (impressoras 3D,) pode transformar radicalmente o modo de produção e o modo de consumo, e a liberdade para criar não deixa de ser parte necessária a essa transformação. Nesse sentido, tanto é possível dizer que o plágio representa um desestímulo à criação, como também é possível dizer que o plágio pôde ser percebido, no passado, como uma mola propulsora de uma economia criativa, uma vez que a transformação das obras representava também criação.

Se uma vez foi possível conceber o plágio como uma mola propulsora de uma economia criativa, é possível destacar, portanto, que a forma como uma recriação é vista no mundo, e vinculada a uma ação plagiária, depende não apenas do modo como se concebe o plágio, cujo conceito não tem se mantido sólido e inflexível desde os primórdios de seu surgimento, pelo contrário. É possível dizer que sempre que uma nova obra oculta que possui uma origem em outra obra anterior, se se tenta esconder que a obra deriva de outra anterior, ou nela foi inspirada, há sintomas, às vezes muito fortes de plágio, mas não pode ser afirmado que existe necessariamente plágio. Deve ser analisado se não há uma paródia ou uma inspiração, inclusive autorizada.

Além disso, a forma como uma recriação é percebida no mundo depende também ainda do modo como se concebe o próprio direito, o direito do autor. Este, na medida em que recrudescer a proteção, aumentando o poder do autor ou titular sobre a obra originária, limita a possibilidade de transformações livres sobre a mesma, resultando em um maior número de violações, ou em menos desenvolvimento de obras derivadas, devido à inibição à criatividade (Lessig, 2004, p. 188).

1.2 O SURGIMENTO DO AUTOR

É importante reconhecer que também o conceito de autor foi surgindo e se formando historicamente (Carboni, 2010, p. 17). E, nesse sentido, é importante destacar em tempos remotos que as pessoas se ocupavam em transmitir oralmente as obras que conheciam, sem se preocupar com a autoria e muito menos com plágio. É o desenvolvimento da escrita, o desenvolvimento dos direitos de propriedade e de personalidade, no contexto de ideias revolucionárias que trouxeram na época moderna a construção de um direito ao autor. Antes disso, porém, teve que surgir a própria ideia do que seria um autor. Foi necessário que condições históricas fizessem surgir a figura do autor, para que posteriormente o direito passasse a se ocupar dele, concedendo e vinculando a ele um direito de propriedade.

Foi necessário, portanto, um longo desenvolvimento histórico para que a produção e construção de palavras, obras literárias e artísticas pudesse ser vista como um bem merecedor de proteção, por constituir o resultado de um trabalho humano e valioso. O valor que passou a se vincular às obras intelectuais nasceu lentamente, e teve impulso a partir da invenção dos caracteres tipográficos, da máquina impressora, de modo que a facilidade na multiplicação de obras que até então era realizada por escribas tornou mais perceptível o seu valor econômico agregado, ao mesmo tempo em que despertou a possibilidade de agregar cada vez mais valor por meio de normas proprietárias, garantindo aos detentores -- inicialmente não aos autores, mas aos editores -- a possibilidade de alcançar renda com a obra.

A partir de então, não foi mais difícil perceber o quanto era possível explorar economicamente um bem intelectual, ainda que tenha sido necessário que as ideias revolucionárias francesas impulsionassem a proteção rumo ao autor, sem que o editor e o produtor deixassem de aparecer no contexto legal com exageros de garantias que até hoje são muito questionáveis.

1.3 O PLÁGIO HOJE

Em vista das inovações tecnológicas, a ocorrência de plágio tem sido facilitada e a cultura do “Ctrl+c Ctrl+v” tem se disseminado no campo acadêmico. Esta questão tem preocupado as instituições de ensino, que vêm buscando formas de conter uma avalanche de trabalhos plagiados, por meio da conscientização de seus alunos ou da aquisição de *softwares* capazes de detectar trabalhos integralmente plagiados ou, ainda, apenas alguns trechos plagiados, o que também contamina a cientificidade do trabalho e compromete a ética do pesquisador.

A ocorrência de plágio é mais facilmente verificada nos casos em que o plagiador copia *ipsis litteris* uma parte ou a íntegra do texto original, já o plágio conceitual, ou ideológico, é de mais difícil verificação, podendo ser necessária a realização de uma perícia mais apurada. Para Gandelman³, muitas vezes o plágio das ideias é de difícil constatação – aquele plágio que não representa simplesmente cópia de ideias (que sequer estão protegidas pelo direito de autor, conforme o art. 8º, I, da Lei nº 9.610/1996), mas no sentido de um plágio envolvendo o próprio estilo ou *modus* de expressar conceitualmente uma obra.

A questão que envolve o plágio deve ser vista além da dimensão legal, pois a atitude de usurpar a criação intelectual de outrem atravessa o campo da ética e é de suma importância no campo institucional. As instituições de ensino, além de investir em tecnologia, devem investir na conscientização dos seus alunos e em um programa de orientação focado na ética na pesquisa científica. Nesse sentido, Oliveira Júnior destaca (2009, p. 32) que o “furto intelectual”, termo utilizado por Pedro Orlando, tem contribuído para o baixo nível da produção acadêmica nas universidades “visto que o indivíduo capaz de cometer tal infração é um indivíduo com poucas possibilidades de contribuir num futuro próximo com a criação ou qualquer novidade intelectual. Será sempre uma pessoa escorada nas ideias de outros e dificilmente terá êxito em suas tentativas de criação” (Oliveira Júnior, 2009, p. 33).

Existem algumas formas distintas de plágio. Em relação à extensão, pode-se falar em plágio ingênuo⁴ ou mal simulado e plágio elaborado⁵.

³ GANDELMAN, Henrique. O que é plágio? *Revista da ABPI*, ano 2005, n. 75.

⁴ Um exemplo de plágio ingênuo pode ser visto no seguinte caso, julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo: “Disponibilização gratuita de peças processuais em sítio eletrônico. Reprodução não autorizada em livros nos quais não feita referência à autoria do conteúdo. Material selecionado e organizado pelo autor. Compilação que caracteriza criação intelectual. Hipótese que não se confunde com a utilização de petição por outro advogado em processo judicial no exercício profissional, onde não há direito autoral. Incidência da Lei nº 9.610/1998. Responsabilidade solidária dos réus que decorre de expressa previsão legal. Contrafação que importa na reparação por danos morais. Indenização fixada em R\$ 15.200,00. Necessidade de apreensão dos exemplares ainda em exposição para venda, de imposição de sanção civil correspondente aos livros vendidos e de retratação (Lei nº 9.610/1998, arts. 102, 103 e 108). Recursos dos réus desprovidos, apelo do autor provido” (TJSP, Apelação Cível nº 9282507-03.2008.8.26, 3ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. João Pazine Neto, J. 31.07.2012). Como é possível perceber, o acórdão destaca que o caso não é semelhante à hipótese em que é utilizada petição por outro advogado em outro processo (e pode-se complementar, ou qualquer outra peça processual, como contestação), onde não haveria direito autoral, ressaltando-se, porém, as questões atinentes às fragilidades do argumento (de “não se constituir obra literária”) contra a proteção das peças produzidas pelos advogados, como já indicado anteriormente.

⁵ Já um exemplo de plágio mais elaborado é visto de modo quase sistemático envolvendo trabalhos escolares, trabalhos de conclusão, dissertações e mesmo teses de doutorado, como pode ser visto

Em relação ao plagiário, pode-se falar em plagiador tradicional e plagiador de si mesmo. Além disso, Diniz e Munhoz (2011, p. 12) destacam outras violações que estão muitas vezes intimamente relacionadas, que academicamente pode se entender como “outras fraudes de autoria”, como as “publicações feijoadas” (em inglês *salami-slicing publication*), pela qual os resultados de uma pesquisa são pulverizados em várias publicações, dando a falsa impressão de que se trata de uma diversidade de resultado. Há, ainda, a “autoria compadrio” (em inglês *gift authorship*), pela qual uma pessoa assina um artigo sem realmente ter participado da pesquisa ou da escrita do texto⁶. Há ainda o autor fantasma (*ghost authorship*), que ocorre quando o nome de um autor não é incluído – seja porque foi pago por isso (naturalmente a lei não sanciona esse ato) ou porque preferiu mesmo o silêncio (se o nome foi omitido sem consentimento há, evidentemente, violação a direito autoral).

Mas, afinal, como identificar um texto que constitua plágio ou que contenha plágio? São muitos os autores que indicam como podem ser encontrados sinais de plágio, o que didaticamente pode servir para conduzir à compreensão de atos que levem à conclusão pela existência de plágio. Para Araújo Netto (1999, p. 150), plágio consiste em publicar como se sua fosse obra de outrem, “envolvendo a identidade de personagens, situações, forma de tratamento de episódios, esquematizações, desenvolvimentos de argumentos, diálogos, citações, referências e até caracteres, tendo ou não a obra o mesmo título”.

Nesse sentido, pode-se indicar como atos que constituem plágio: a) copiar e colar parte ou íntegra de um trabalho, sem citação do autor original; b) alteração de frase ou remodelação em paráfrase, reordenando as palavras,

no exemplo a seguir: “APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO AUTORAL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – UTILIZAÇÃO DE TEXTO SEM AUTORIZAÇÃO DO AUTOR – MONOGRAFIA PRECEDENTE – USO EM DISSERTAÇÃO DE MESTRADO SEM A DEVIDA REFERÊNCIA – ILÍCITO CARACTERIZADO – PLÁGIO ACADÊMICO – DANOS MORAIS – OCORRÊNCIA – 1. Pleito indenizatório em que a parte autora busca a reparação de danos morais suportados em virtude da publicação desautorizada de texto de sua autoria, a qual caracteriza a prática de ato ilícito. 2. A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXVII, confere proteção ao direito do autor, em razão do interesse econômico, moral e social envolvido. No mesmo rumo, a Lei nº 9.610, de 1998, regula as hipóteses de proteção ao direito autoral, consoante se denota do seu art. 7º. 3. Verifica-se pela prova coligida no feito que a monografia de conclusão de curso elaborada pela autora foi utilizada, sem menção adequada quanto à sua autoria, na tese de mestrado apresentada pelo réu, fato que lhe ocasionou danos de ordem moral. 4. Caso em que a postulante demonstrou a elaboração e publicação do texto anteriormente ao réu, ônus que lhe impunha e do qual se desincumbiu, a teor do que estabelece o art. 333, I, do CPC. [...]” (TJRS, Apelação Cível nº 70054562244, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, J. 11.09.2013).

⁶ DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana Terra Mejia. Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica. *Revista Argumentum*, Vitória/ES, ano 3, n. 3, v. 1, p. 12, jan./jun. 2011.

mas mantendo o mesmo sentido; c) reprodução de um determinado estilo, com a manutenção da estrutura, ainda que o conteúdo seja distinto, sendo copiado o estilo do raciocínio; d) reprodução de metáforas, que são usadas para trazer mais clareza ao leitor e nesse sentido causar maior sensibilização do que um texto que seja meramente descritivo; e) se existem ideias ou soluções propostas, especialmente criativas, mesmo sendo uma ideia, deve ter atribuição do autor original⁷.

Outro autor, Paul Clough (2003, p. 2), também nos oferece as formas do plágio, conforme um conceito acadêmico inglês:

- a) plágio de palavra a palavra: cópia direta de frases ou passagens de um texto publicado sem citação o reconhecimento da fonte;
- b) plágio de paráfrase: quando palavras ou sintaxe são alteradas (ou reescritas), mas a fonte do texto ainda pode ser reconhecida;
- c) plágio de recursos secundários: quando a fonte original é referenciada e citada, mas obtida de uma segunda fonte sem que seja esta citada ou tenha o original sido consultado;
- d) plágio da forma de uma fonte: a estrutura de um argumento é copiada (ou reescrita);
- e) plágio de ideias: a reutilização de um pensamento original de uma fonte sem nenhuma dependência de palavras ou forma da fonte.

Por fim, arremata Bittar (2000, p. 150) de modo contundente: “Define-se plágio como imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, mesmo quando dissimulada por artifício, que, no entanto, não elide o intuito malicioso”⁸. Na mesma linha é a conclusão de José Afonso da Silva (2001, p. 200) sobre a propriedade e a legitimidade do método comparativo para a detecção do plágio em obras literárias: “O plágio em obras literárias há de ser descoberto no confronto da obra originária e da obra presumivelmente plagiária”.

⁷ BARNBAUM, C. Plagiarism: A Student’s Guide to Recognizing It and Avoiding It. Valdosta State University, 2002. Disponível em: <http://ww2.valdosta.edu/~cbarnbau/personal/teaching_MISC/plagiarism.htm>. Tradução livre.

⁸ O autor ressalta, entretanto, que afasta-se de seu contexto o aproveitamento denominado remoto ou fluido, ou seja, de pequeno vulto (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 150).

Em uma análise atenta, é possível identificar alguns artifícios comuns de dissimulação empregados por quem pretende ser considerado autor de obra criada por outrem, sempre com objetivo de encobrir ação fraudulenta:

- a) a substituição de palavras ou expressões por sinônimos ou equivalentes;
- b) a substituição de um sistema métrico por outro, de uma língua por outra, do nome pela sigla, do singular pelo plural, da inicial maiúscula pela minúscula, da colocação ou retirada de parênteses;
- c) substituição de determinada informação por outra muitas vezes inverídica;
- d) a supressão ou adição de palavras que não alteram ou pouco alteram o sentido;
- e) a introdução de pequenos trechos, alguns inócuos, outros que se revelam inválidos por serem estranhos ao tema, temporalmente descontextualizados ou conceitualmente viciados;
- f) a inversão dos termos da oração e a mudança na ordem das orações, dos parágrafos, dos temas ou dos capítulos;
- g) a citação de breve trecho da obra original, devidamente entre aspas e com autoria reconhecida, com o intuito de conferir um ilusório ar de legalidade ao ato de copiar o restante da obra.

Finalmente, não poderia deixar de ser citado José de Oliveira Ascensão (1992, p. 65-66):

Plágio não é cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente. Por isso se distinguem a usurpação e a contrafação. [...]. Não há contrafação nas obras que contempla se, apesar das semelhanças decorrentes da identidade do objeto, tiverem uma individualidade própria. O critério da individualidade prevalece sobre a semelhança objetiva. Mas a individualidade tem aqui o exato sentido de criatividade. Decisivo é que nada se acrescenta à criação alheia a que se recorreu. Já sabemos que a essência criativa não é a ideia pura, que como tal é livre. Esta funcionará como tema: mas um tema pode ser milhares de vezes aproveitado sem haver plágio.

Pode ser um tema histórico, um tema de ficção, como o de Romeu ou Julieta, ou qualquer outro. Plágio só surge quando a própria estruturação ou apresentação do tema é aproveitada. Refere-se, pois, àquilo a que outros autores chamam a “composição”, para distinguir quer da ideia quer da forma.

Outras vezes, é difícil falar em plágio, pois a questão se confunde com a ausência de autorização para uso da obra para uma adaptação. A questão é que, se ausente o nome do autor, a tendência é a conclusão pela existência de plágio.

Já em relação à citação de uma obra, constitui uma das limitações ao direito do autor. São autorizações lícitas e concedidas pela legislação, com o interesse de equilibrar o acesso à cultura, à informação e ao conhecimento com o direito exclusivo do autor. Assim, conforme determinado na Lei nº 9.610/1998, art. 46:

Não constitui ofensa aos direitos autorais: [...] III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; [...].

Não é demais lembrar aqui o inciso VIII, dizendo que não constitui ofensa aos direitos autorais

a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Além disso, devemos atentar para o fato de que não é apenas a cópia literal, sem os devidos créditos, que configura o plágio. Existe também a figura do plágio conceitual, que ocorre quando o aluno copia o conceito criado pelo autor, porém escrevendo com as suas palavras, sem citar a fonte, apropriando-se, assim, do conceito desenvolvido pelo autor originário. Nada mais é do que uma paráfrase sem a citação da devida fonte.

O Professor José Artur Teixeira Gonçalves explica:

A paráfrase exige cuidados, como manter-se fiel à informação e à ideia do texto original parafrazeado, além de se fazer remissão à fonte, sempre. Cuidado com este ponto, pois uma paráfrase não é plágio. No entanto, um texto parafrazeado, sem a devida fonte, torna-se um plágio. Este pode ser voluntário (proposital) ou involuntário, fruto de uma citação indireta mal feita.⁹

Cumpra assinalar que as paráfrases apenas são livres quando, além de citado o autor, forem formuladas de forma a não representar reprodução da obra ou lhe implicar descrédito, nos termos do disposto no art. 47 da LDA¹⁰.

Aqui já foi destacado que as ideias não estão protegidas pelo direito autoral, mas, dependendo do contexto e da forma como forem utilizadas, ainda que em casos raros, pode-se também perceber plágio nesse sentido. Entretanto, nesse caso é muito mais difícil alcançar sanção legal, uma vez que a Lei nº 9.610/1998 exclui as ideias claramente da proteção.

Tratando mais especialmente do chamado “plágio conceitual”¹¹, que pode ser visto como uma forma mais elaborada de plágio, com Bittar (2000, p. 149), sustenta-se que o plagiário absorve o “núcleo da representatividade da obra”, aquilo que efetivamente a individualiza, e como refere o autor, constitui a emanção da personalidade do autor, ou seja, é a própria originalidade da obra. Segundo o autor citado, nesse caso há imitação dos elementos de elaboração, fazendo com que uma obra se assemelhe e se identifique com a outra, pois copia os seus traços essenciais: “Quanto a tema, a fatos, a comentários, a estilo, a forma,

⁹ GONÇALVES, José Artur Teixeira. Citação indireta, a paráfrase. Disponível em: <<http://metodologiadapesquisa.blogspot.com.br/2009/06/citacao-indireta-parafrase.html>>.

¹⁰ “Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito.”

¹¹ Observe-se o seguinte julgado do TJSP, que entendeu que no caso ocorreu plágio da forma de expressão da ideia: “Autor que publicou peça teatral denominada: ‘João Cândido do Brasil A Revolta da Chibata’. Réus que usurparam o modo de expressão da ideia ao publicar história em quadrinhos denominada: ‘Chibata João Cândido e a Revolta que abalou o Brasil’. Requeridos que afirmaram não desconhecer a obra do requerente. Entretanto, não a apontaram como referência bibliográfica. Violação dos direitos do autor. Indenização devida. Dano material. Valor fixado em observância do art. 103 e seu parágrafo único da Lei nº 9.610/1998. Dano moral. Montante de R\$ 21.800,00 que se mostra adequado à espécie. Divulgação da identidade do autor em jornal de grande circulação. Sanção decorrente de expressa disposição do art. 108, II, da Lei nº 9.610/1998. Apelação do autor parcialmente provida, desprovidas as apelações dos réus” (TJSP, Apelação Cível nº 0112520-55.2009.8.26.0011, 1ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, J. 16.04.2013).

a método, a arte, a expressão, na denominada *substantial identity*, encontrando-se aí o fundamento para a existência do delito”.

2 O PLÁGIO DIANTE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO AUTOR

2.1 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL À AUTORIA E À LIBERDADE DE CRIAÇÃO

O direito do autor possui proteção constitucional, sendo assegurado ao autor da obra a exclusividade em sua utilização, publicação ou reprodução, nos termos do que dispõe o art. 5º, inciso XXVII, da Constituição da República¹².

A Carta Maior deixa clara a proteção ao autor, e, nessa via, também o repúdio àquele que de alguma forma ofende o autor por meio da cópia, modificação ou mesmo citação da sua criação, sem atribuição adequada da autoria. A caracterização da obra intelectual protegida dá-se pela originalidade, ou, em outras palavras, pelo modo como alguém expressa ou exterioriza a sua criação.

Com o constitucionalismo contemporâneo, portanto, a proteção do direito de autor como um direito fundamental resta consagrada não apenas no aspecto formal (uma vez que o constituinte inseriu os direitos de autor no elenco dos direitos fundamentais), mas também no plano material (que são aqueles reconhecidos como tais pelo constituinte histórico)¹³. Tudo para que também os direitos autorais, como os demais direitos fundamentais, possam operar como verdadeiros “trunfos contra as maiorias”, como já expressou bem Ronald Dworkin.

Além disso, que tragam em si – esses direitos autorais fundamentais – uma aplicabilidade imediata, pois os direitos fundamentais, como ressaltou Sarlet (2012, p. 261), não podem resultar inoperantes por falta de regulamentação infraconstitucional, prevalecendo, e tendo efetividade, com ou sem ela¹⁴.

¹² “XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar.”

¹³ Para aprofundamento da discussão sobre serem os direitos de autor efetivamente direitos fundamentais, ver SARLET, Ingo; KRETSCHMANN, Angela. Direitos do autor como direitos fundamentais? *Revista Jurídica do Cesuca, Cachoeirinha*, p. 10-19, jun./jul. 2013. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>>. Acesso em: 10 maio 2014.

¹⁴ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang, *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 261 e ss.

A definição de Dworkin (1984, p. 154) dos direitos como “trunfos políticos” informa que os indivíduos possuem alguns direitos prioritariamente diante daqueles da sociedade como um todo, ou seja, quando, por alguma razão, um bem coletivo não constitui uma justificativa suficiente para proibir o que eles desejam como indivíduos, ou um bem coletivo não é suficiente para impor alguma perda ou alguma injúria ao interesse particular do indivíduo. A sua tese se opõe aos utilitaristas ao proclamar que, em algumas circunstâncias, os interesses dos indivíduos devem ter prioridade sobre aqueles da sociedade como um todo¹⁵.

Contrapondo-se ao direito do autor, encontramos outros direitos, também constitucionalmente estabelecidos, como o da livre manifestação do pensamento e o da livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, previstos nos incisos IV e IX do art. 5º da Constituição da República¹⁶.

Naturalmente que as questões parecem entrar em confronto (Kretschmann e Sarlet, 2013, p. 17):

Aquele direito fundamental do autor, que exige uma proteção especial, pois dotada da fundamentalidade, goza de aplicabilidade imediata e de uma eficácia que se espalha nos órgãos jurisdicionais, exigindo um poder-dever de aplicabilidade imediata, imunidade a qualquer restrição e ainda, a imposição dos limites materiais à reforma desses direitos.

Por outro lado, lembre-se que os direitos autorais são fundamentais, porém, como não são absolutos, merecendo compreensão dentro do contexto geral dos princípios que ordenam a Carta Constitucional, em especial o respeito ao seu núcleo justificador, à dignidade humana. Nesse sentido, lembra-se que os direitos autorais inserem-se dentro de um contexto maior do direito à informação, e dentro desse contexto merecem compreensão quanto à extensão e aos limites da proteção.

¹⁵ DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. New York, Oxford University Press, Oxford readings in Philosophy, 1984. p. 154.

¹⁶ “IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

[...]

IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença.”

Além disso, tratando-se de preservar o equilíbrio entre o direito do autor e o direito ao acesso à cultura, deve-se lembrar de que todo bem ou propriedade possui uma função social a realizar, e com o direito autoral não é diferente. Carlos Costa Netto (2009, p. 1055), nesse sentido, destaca que “a função social do direito de autor envolve o interesse público resultante da evidente relevância da democratização do acesso aos bens culturais”. Há, sem dúvida, uma região fronteira que se estabelece, mas, como relata o autor, ela existe de forma a atender “determinadas demandas de fruição pública de obras intelectuais, bem como a interação entre os criadores intelectuais, necessárias ao desenvolvimento cultural da sociedade como um todo”¹⁷, ou seja, evitando-se a fragilização do direito tanto quanto o seu oposto, a sua absolutização.

Em função dessa linha tênue entre uma transformação criativa da obra, um plágio, e o exercício regular do direito de manifestação do pensamento e da expressão da atividade intelectual, mostra-se indispensável o estudo da questão pelos estudantes, para que não incorram no plágio acadêmico quando da confecção de seus trabalhos, e em especial em sua monografia para a conclusão de curso.

Apenas uma observação importante: plágio é plágio. Por mais que não se encontre conceitualmente expresso em legislações, o que é típico do plágio é sempre o escondimento de uma autoria, do atributo de um autor. Por isso, quando se esconde sem querer, também é plágio. Apenas quando não se está tomando qualquer ação para fazer-se autor de algo que é de outro é que se pode pensar em uma transformação da obra (que em tese sempre depende de todo modo de autorização do autor ou titular originário), mas que eventualmente é simplesmente uma paródia, ou nem isso, uma recriação que não esconde o ser original que a obra nova traz em si. E ainda que não apresente o autor, porque na realidade sequer há necessidade de apresentá-lo, porque é evidente – e de tão evidente é claro que o autor original não foi escondido pelo autor da obra transformada, uma vez que isso seria facilmente deduzível. O que está ali, está a olhos vistos, há reconhecimento, há trabalho transformador, e sem o intuito de aproveitamento de criação alheia, a não ser o fato de ela ter servido de simples inspiração. Aqui, entretanto, pode-se entrar em uma discussão acerca da real capacidade de os leitores perceberem – qual o nível cultural e de acesso a ela – que tal obra deriva de outra, ainda que a outra seja muito conhecida, não se pode

¹⁷ NETTO, José Carlos Costa. Regime jurídico do plágio e sua aplicabilidade no campo da obra científica (Monografia Jurídica) – Exame de um caso concreto. *Revista da Faculdade de Direito USP*, São Paulo, v. 104, p. 1055, 2009.

dizer que seja absolutamente conhecida de “todos”. Isso seria tema para outra discussão.

José de Oliveira Ascensão (1992, p. 65-66) também exemplifica quando não haveria plágio:

Se um autor retomasse um tema de Zola, para apresentá-lo, porém, sob uma luz espiritualista e não naturalista. Também o tema de “O Marinheiro”, de Fernando Pessoa, pode ser aproveitado para qualquer outro tema, mas sua estrutura não. É necessário, pois, comparar as estruturas, as formas das obras para concluir mais adequadamente.

Podemos citar o caso envolvendo a obra de Moacyr Scliar, *Max e os felinos*, e o filme “As aventuras de Pi”. O próprio autor deixou bem claro, em vídeo que gravou especialmente para esclarecer a todos, que as únicas questões semelhantes são o tigre e o barco, Na história de Scliar, o personagem Max é judeu alemão, sendo forçado a deixar o seu país por causa dos nazistas. Na fuga, embarca em um navio com animais a bordo e um naufrágio o faz parar em um bote com um jaguar. Não obstante a ideia ser a mesma, as circunstâncias e os detalhes são tão distintos que é possível imaginar que centenas de histórias diferentes envolvendo um tigre ou animal selvagem em um barco poderiam ser criadas.

Sabe-se, por outro lado, que as instituições de ensino têm se precavido cada vez mais pelo zelo de seu bom nome, buscando evitar qualquer desconfiância em relação à qualidade das produções científicas que financiam. Por isso, equipes e comitês acadêmicos envolvendo ética têm se mostrado atuantes, reforçando os regulamentos internos e impondo sanções aos plagiários, além de sanções envolvendo a perda do título e expulsão.

Como antes citado, toda e qualquer criação intelectual está inserida na esfera de proteção do direito do autor, motivo pelo qual muitas vezes nos deparamos com um caso de plágio que, possivelmente, na visão do aluno parecia não o ser.

A violação dos direitos do autor pode se dar pela reprodução não autorizada de obra, mesmo com a menção de seu autor, ou pelo plágio. Este, na dicção de Nunes (2000, p. 80), caracteriza-se pela ocorrência de citação de trechos, reprodução em obra nova, ou a paráfrase sem a observância dos limites impostos em lei. O plágio vai além da reprodução não autorizada da obra, pois

extrapola a questão patrimonial e atinge a esfera moral do autor ao ter negado o seu direito de ser reconhecido como autor da obra, por ter usurpada a sua criação.

O art. 46 da Lei nº 9.610/1998 ressalva o direito de citação e o direito de uso de obra preexistente por obra nova em seus incisos III e VIII. Daí se extrai que é autorizada a citação ou reprodução de trechos, desde que respeitados os limites legalmente impostos. Para que não seja configurado o plágio, é necessário que se indique o autor e a origem da obra, que a citação tenha como a finalidade estudo, crítica ou polêmica, que a citação seja efetuada dentro da medida justificada para o fim proposto.

Destaca-se, assim, que a única possibilidade de reprodução integral de uma obra é concedida pelo art. 46, VIII, da Lei nº 9.610/1998 e merece esclarecimentos. Na realidade, apenas não constitui ofensa ao direito autoral, como indica o inciso citado,

a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Ou seja, quando há a reprodução em obra nova, a reprodução em si não pode ser o objeto principal da nova obra, assim como não pode ser realizada de forma capaz de causar danos injustificados ao autor da obra originária.

2.2 PLÁGIO INVOLUNTÁRIO E A ÉTICA ACADÊMICO-CIENTÍFICA

A acusação de plágio costuma ter um efeito devastador na vida das pessoas. Posner (2007, p. 7), logo no início de seu livro, conta várias histórias envolvendo acusações de plágio em Harvard e indica que um dos acusados foi reabilitado, mas que, na realidade, aquele que é acusado de plágio e condenado, de fato, nunca será completamente reabilitado. Daí porque vale questionar a possibilidade de se conceber a existência de um “plágio involuntário”, no contexto de exigências ético-científicas da academia.

Uma das consequências do plágio, seja voluntário ou involuntário, é a quebra de confiança do educando com o seu professor, o que raramente é comentado na doutrina (Romancini, 2007, p. 45). Efetivamente, mesmo que

o aluno não saiba as sanções legais que envolvem a ação de plagiar, existem sanções de ordem ética que trazem efeitos, pois mesmo que não se aplique uma penalidade, no meio acadêmico, mesmo que o professor possa perdoar o seu aluno em função da ação, considerando o desconhecimento legal ou outra razão que julgue relevante para não punir, a diminuição da confiança pode ter também um efeito devastador.

Na realidade, dentro do contexto do respeito aos direitos do autor, e, ao mesmo tempo, de respeito ao direito de liberdade de expressão, considerando-se a fundamentalidade de ambos, fato é que a academia concede legitimidade a determinados “empréstimos literários”, desde que devidamente citados, e considera mesmo que o empréstimo criativo é muito legítimo e diferencia-se por completo de uma imitação ou usurpação, tal como ocorre em caso de plágio.

No caso de um empréstimo criativo, o autor pode citar (momento em que, por exemplo, deixa outro autor falar por si, colocando-o entre aspas), realizar releituras e, enfim, dialogar livremente com outras obras, o que é, inclusive, altamente recomendável em um trabalho científico. E sobre um saudável empréstimo literário exemplifica Eco (2003, p. 32):

[...] O Manifesto é sempre uma obra-prima de oratória política (e não somente) e deveria ser estudado na escola junto com as *Catilinárias* e com o discurso shakespeariano de Marco Antônio sobre o cadáver de César. Mesmo porque, dada a boa cultura clássica de Marx, não se pode excluir a possibilidade de que ele tivesse em mente justamente estes textos.

Há indicações de que o plágio involuntário pode existir e ser bem aceito em rodas de samba, em alguma forma de apresentação familiar de algum texto ou música, até mesmo em desenhos ou relativamente a qualquer ato que se preste a facultar ao agente a habilitar-se em alguma arte.

De todo modo, assim como o autor só pode surgir a partir de sua própria conduta de estudioso e pesquisador, pois a autoria será produto de seu desenvolvimento pessoal, o “plágio involuntário” só pode ser aceito em situações de brincadeiras familiares e entre amigos, mas jamais na academia e na sociedade, tendo em vista que, ao apresentar-se com a finalidade de reconhecimento, exige-se efetivamente uma originalidade própria, que não se confunde com qualquer transformação da obra (que no caso sempre deve indicar o autor da obra originária), e muito mesmo com qualquer paráfrase ou paródia.

Daí porque é possível concluir que, em se tratando de um ambiente onde a ética acadêmico-científica deve imperar, não há espaço para qualquer espécie de plágio, nem mesmo o chamado “plágio involuntário”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O plágio é, portanto, antes uma atitude que demonstra fragilidade intelectual e desrespeito à pesquisa acadêmica. Fala-se em vazio ou ócio intelectual para quem realiza plágio. Muitas vezes, apresenta-se de modo arrojado, corajoso, pois é grosseiro. O que denota a ignorância de quem o comete, subestimando os exames aos quais será submetido, seja na Academia, seja o vexame social – que sempre deverá temer.

Todavia, nem sempre o plágio é fácil de ser detectado. Em alguns casos há o plágio literal, que pode ser chamado ingênuo, pois o plagiador ou acredita que ninguém estará prestando atenção nas fontes de seu texto, ou subjugou a capacidade, conhecimento e atenção dos leitores. As instituições de ensino têm, entretanto, reforçado a caça aos plagiários adotando comissões de éticas, regras rígidas sobre sanções aplicáveis e o uso de *softwares* caça-plágio¹⁸.

Em outros casos, porém, e em maior número, o plágio não é tão simples de ser detectado, pois é resultado de inúmeras manobras e recursos do plagiador para esconder, ocultar e disfarçar a origem do texto.

Em todos os casos, sobressai a importância da citação, em especial em trabalhos acadêmicos, que se revela pela própria necessidade de comprovação da pesquisa, pela demonstração de honestidade intelectual e pelo comprometimento com o trabalho assumido, assim como sinal de respeito ao orientador e à instituição acadêmica envolvida.

Por isso é muito importante que se destaque o que, efetivamente, dentro do contexto de uma civilização digital é possível conceber como plágio, como

¹⁸ Há, no mercado, programas de computador disponíveis e utilizados por universidades, cursos de pós-graduação, colégios, etc., que auxiliam a detectar os casos de plágio antes mencionados. Entre os principais, destacamos os seguintes: AntiPlagiarist – ACNP Software; CheckForPlagiarism.net; CopySpider; Ephorus; eTBLAST; Farejador de plágios 10.1; Plagiarism advice; Plagiarism Detect; Plagiarisma – online; Plagium – Online; Plagius – Detector de Plágio Personal 2.0; Safe assign; Turnitin; Viper; ephorus (www.ephorus.pt/); Safe Assign (www.mydropbox.com/); JPlag (www.jplag.de/); Essay Verification Engine (www.canexus.com/eve); WCopyfind (www.plagiarism.phys.virginia.edu/Wsoftware.html); DOC Cop (www.doccop.com); Etblast (<http://etest.vbi.vt.edu/etblast3/>); Ferret (<http://homepages.feis.herts.ac.uk/~pdgroup/>); Farejador de plágio (www.farejadordeplagio.com.br).

ação dolosa que visa à apropriação de um modo de expressar alheios, sem correta atribuição da fonte e do autor.

De outro lado, é importante nesse mesmo contexto valorizar e identificar o que pode ser considerado uma recriação, um trabalho criativo, que não tem pretensão de copiar o original, mas sim de transformá-lo e apresentá-lo de outra forma, distinta da que antes seria originária. Isso sem deixar de lembrar que pela lei autoral qualquer transformação de obra alheia requer autorização prévia, salvo incidência dos limites legais, porém, uma ação que recria pode não ser considerada plágio, mas pode ser considerado um ilícito cível que ofende uma prerrogativa patrimonial do direito de autor. Essa é uma questão importante, que implica consequências legais muito distintas.

O problema que se percebe, nesse contexto, e que se buscou enfrentar aqui, é que o debate em torno de uma ideia de “plágio involuntário” tem relação com a possibilidade de recriação, e por que motivos “plágio involuntário” não tem nenhuma condição de ser compatível com a ética na pesquisa acadêmico-científica, conforme restou analisado.

A questão aqui trazida para análise procurou demonstrar, por um lado, que no caso do plágio, seja ele acadêmico ou não, tanto o direito fundamental do autor merece ser visto como “trunfo” político, como esse mesmo “trunfo político” é o que garante reflexamente a proteção aos interesses da coletividade – em especial no que diz respeito ao plágio –, que não se pode confundir com pirataria, ou com o interesse em realizar cópias de obras por necessidade de acesso a bens culturais – o que é outra questão, não objeto deste artigo específico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Edmir Netto. *Proteção judicial do direito de autor*. São Paulo: LTr, 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Coimbra: Coimbra, 1992.

_____. Direito de autor e desenvolvimento tecnológico: controvérsias e estratégias. *Revista de Direito Autoral*, n. 1, ago. 2004.

BARNBAUM, C. Plagiarism: a student's guide to recognizing it and avoiding it. Valdosta State University, 2002. Disponível em: <http://ww2.valdosta.edu/~cbarnbau/personal/teaching_MISC/plagiarism.htm>. Acesso em: 5 nov. 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 2000.

CARBONI, Guilherme. *Direito autoral e autoria colaborativa: na economia da informação em rede*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

CLOUGH, Paul. *Old and new challenges in automatic plagiarism detection*. Department of Computer Science, University of Sheffield, feb. 2003.

DINIZ, Debora; MUNHOZ, Ana Terra Mejia. Cópia e pastiche: plágio na comunicação científica. *Revista Argumentum*, Vitória/ES, ano 3, n. 3, v. 1, p. 11-28, jan./jun. 2011.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy (Ed.). *Theories of Rights*. New York, Oxford University Press, Oxford Readings in Philosophy, 1984.

ECO, Humberto. *Sobre a literatura*. Rio de Janeiro: Record, 2003.

FOUCAULT, Michel. *O que é um autor*. Lisboa: Veja, 1992.

GANDELMAN, Henrique. O que é plágio? *Revista da ABPI*, ano 2005, n. 75.

GONÇALVES, José Artur Teixeira. Citação indireta, a paráfrase. Disponível em: <<http://metodologiadapesquisa.blogspot.com.br/2009/06/citacao-indireta-parafrase.html>>. Acesso em: 5 nov. 2013.

KEEN, Andrew. *The cult of the amateur: how today's internet is killing our culture*. New York: Doubleday, 2007.

KRETSCHMANN, Ângela. *Dignidade humana e direitos intelectuais: re(visitando) o direito autoral na era digital*. Santa Catarina: Conceito, 2009.

LESSIG. *Free Culture: How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*. New York: Penguin Press, 2004.

NETTO, José Carlos Costa. Regime jurídico do plágio e sua aplicabilidade no campo da obra científica (monografia jurídica) – Exame de um caso concreto. *Revista da Faculdade de Direito USP*, São Paulo, ano 2009, v. 104/1.055.

NUNES, Simone Lahorgue. Notas sobre o plágio de obra literária e institutos afins. *RTCD*, Rio de Janeiro: Padma, v. 39, p. 80, 2000.

OLIVEIRA JR., Arnaldo. A nova roupagem do “plágio” em face das inovações tecnológicas. *Revista Del Rey Jurídica*, São Paulo: Del Rey, ano XI, n. 22, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo; KRETSCHMANN, Angela. Direitos do autor como direitos fundamentais? *Revista Jurídica do Cesuca*, Cachoeirinha, p. 10-19, jun./jul. 2013. Disponível em: <<http://ojs.cesuca.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/363>>. Acesso em: 10 maio 2014.

SILVA, José Afonso da. *Ordenação constitucional da cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.

POSNER, Richard. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

———. *The little book of plagiarism*. New York: Pantheon, 2007.

RIFKIN, Jeremy. *The Third Industrial Revolution: How Lateral Power Is Transforming Energy, the Economy, and the World*. New York: Palgrave Macmillan, 2011.

ROMANCINI, Richard. A praga do plágio acadêmico. *Revista Científica FAMEC/FAAC/FMI/FABRASP*, São Paulo, ano 6, p. 44-48, n. 6/2007.

NEXO DE CAUSALIDADE E PREVENÇÃO NA RESPONSABILIDADE CIVIL¹

CAUSATION AND DETERRENCE IN TORT LAW

Cesar Santolim²

Professor da Faculdade de Direito da UFRGS

RESUMO: Campo de Estudo: Direito Civil; Responsabilidade Civil; Direito e Economia. Objetivo: Estabelecer as relações entre o nexo de causalidade, como um dos elementos da responsabilidade civil, e a sua função preventiva, tendo em conta a doutrina de Direito e Economia. Método: Análise de doutrina. Resultado e Conclusão: há consistente argumentação no sentido de que a escolha normativa da causa pode ser utilizada para aprimorar a prevenção, no âmbito da responsabilidade civil.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; elementos; funções; causalidade; prevenção.

ABSTRACT: *Field: Civil Law; Torts; Law and Economics. Goal: Establish the relations between causation, as one of the elements of*

responsibility on torts, and the deterrence function, using the doctrine of Law and Economics. Method: Doctrine analysis. Result and conclusion: there's solid basis on the sense that the normative choice of cause may be use to improve deterrence, on torts.

KEYWORDS: *Torts; elements; functions; causation; deterrence.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O nexo de causalidade como pressuposto da Responsabilidade Civil; 2 A prevenção como uma das funções da responsabilidade civil; Conclusões; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 causation as a presuppose to Torts; 2 Deterrence as a function on Torts; Conclusions; References;*

¹ Este artigo resulta de pesquisa realizada nos meses de dezembro de 2013 e fevereiro de 2014 na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como parte de estágio de Pós-Doutoramento em Direito naquela Instituição de Ensino Superior, realizado pelo autor sob a supervisão do Prof. Dr. Fernando Araujo, Professor Catedrático e Presidente do Instituto de Direito Brasileiro da FDUL, a quem agradece.

² Mestre (1995) e Doutor (2002) em Direito pela UFRGS, Bacharel em Direito (1982) e em Economia (1985) pela UFRGS.

INTRODUÇÃO

Não raro, o Direito, na produção legislativa, doutrina ou jurisprudência, perde de vista a relevância que os sistemas de responsabilização civil têm para a prevenção de situações ensejadoras de redução de bem-estar social. Em certa medida, estes erros de percepção são agravados em circunstâncias nas quais a responsabilidade subjetiva é substituída (ou cotejada) com a responsabilidade objetiva, como critério geral de atribuição, pois a supressão da culpa como pressuposto diminui ou afasta a possibilidade de que se busque uma alteração de conduta do autor (ou possível autor) do dano. Como é notório, é exatamente esta uma das características contemporâneas da responsabilidade civil, tanto no Direito brasileiro quanto no português.

Nesta perspectiva, fica o exame da causalidade como o espaço possível de estruturação de uma função preventiva da responsabilidade civil, o que não pode ser feito sem revisitar alguns conceitos fundamentais, aos quais devem ser agregadas novas reflexões extraídas em maior escala do pensamento de *Direito & Economia*³, que é exatamente o objetivo deste estudo.

1 O NEXO DE CAUSALIDADE COMO PRESSUPOSTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

1.1 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Entendida a responsabilidade civil estrita como a obrigação de reparar, mediante indenização quase sempre pecuniária, o dano antijurídico causado a outrem, como decorrência da violação de um dever geral (absoluto) de *neminem laedere* (não lesar), está-se estremando-a da “responsabilidade civil contratual”, fundada no descumprimento de dever relativo, sem embargo de reconhecer a existência de situações em que a distinção é sutil.

³ A abordagem de “Law and Economics” (“Direito e Economia”) é uma das mais importantes abordagens teóricas no pensamento norte-americano, desde a segunda metade do século passado. Hoje repercute também no pensamento europeu e latino-americano. Trabalhos publicados no Brasil e em Portugal traduzem esta expansão (cite-se a tradução da obra de Robert Cooter e Thomas Ulen, *Direito & Economia* [Porto Alegre: Bookman, 2010], e os trabalhos organizados por Bruno Meyerhof Salama [“Direito e Economia – Textos Escolhidos”. São Paulo: Saraiva, 2010] e por Luciano Benetti Timm [“Direito e Economia no Brasil”. São Paulo: Atlas, 2012], no Brasil, e a *Teoria Económica do Contrato*, de Fernando Araújo [Coimbra: Almedina, 2007], e a *Análise Económica do Direito – Uma Introdução*, de Vasco Rodrigues [Coimbra: Almedina, 2007] em Portugal).

Nesta noção estão presentes os pressupostos sem os quais não há responsabilidade civil: o *dano*, *contrário ao Direito*, sofrido por alguém, que deve ser *atribuído* a outro, em razão de uma *relação* que se estabelece entre esses sujeitos de direito.

1.1.1 Dano

Como assinala Tavano (2011)⁴, “... considerado economicamente, o dano é um ‘antibem’... [pois] ... os bens produzem utilidade para os seus donos, enquanto os danos ocasionam uma perda de utilidade ... [e] ... o conceito de bem está ligado ao de externalidade econômica”.

1.1.2 Fator de atribuição

“... é o fundamento, ou a razão de ser da atribuição da responsabilidade a uma determinada pessoa...”, diz Noronha (2003)⁵. Também designado como “fator de imputação”⁶.

Na afirmação de Miranda Barbosa (2013, p. 681), “... não podemos quedarnos, na solução do problema imputacional, com uma mera subjectividade, reclamando-se, pelo contrário, um juízo objectivo que o complemente”.

São apontados como fatores de atribuição, usualmente⁷, a culpa e o risco. Todavia, há que se considerar também os casos em que o sistema jurídico admite a responsabilidade sem culpa ou risco, com ou sem ilicitude (sendo o dano antijurídico).

1.1.2.1 Culpa

A culpa, *stricto sensu*, compreende a negligência (ausência de cuidado prévio ao fato danoso), imprudência (ausência de cuidado durante o fato danoso) e a imperícia (ausência de cuidado técnico ou profissional). *Lato sensu*, abarca ainda o dolo (conduta intencional, para a produção do dano). Encontra-se referida no art. 186 do CCB e art. 483º do CCP.

⁴ No original: “[E]conómicamente considerado, el daño es un antibién. Los bienes producen utilidad para sus dueños, mientras que los daños ocasionan pérdida de utilidad. Así como no estamos dispuestos a pagar cualquier precio por un bien, tampoco estamos dispuestos a pagar cualquier precio por evitar un daño” (p. 272).

⁵ P. 472.

⁶ Prefere-se “atribuição” para evitar possível confusão entre “imputação” e “imputabilidade”, conceito relacionado com a aptidão genérica do agente para ser reconhecido como responsável.

⁷ Por todos, Almeida Costa (2000), p. 500.

Para a mitigação da culpa provada, desenvolveram-se formas de *culpa presumida*, destacando-se a *culpa in vigilando* (art. 491º do CCP), a *culpa in eligendo* e a *culpa in custodiendo* (art. 493º do CCP).

Modo geral, é irrelevante, para a responsabilização civil a distinção entre a culpa e o dolo, ou mesmo a gradação acerca da *gravidade da culpa* (se grave, leve ou levíssima), mas esta regra comporta exceções (CCB, art. 944, parágrafo único; CCP, art. 494º).

1.1.2.2 Risco

Nas suas várias modalidades (risco proveito, quando o responsável pelos danos é aquele que se beneficia da atividade; risco criado, quando o responsável pelos danos é aquele que cria a fonte geradora do perigo; risco profissional, quando o agente desenvolve com habitualidade tarefas ou atividades perigosas⁸), o risco é reconhecido como fator de imputação tanto no Direito brasileiro (por exemplo, os arts. 927 e 931 do CCB, e arts. 12 e 14 do CDC) quanto no Direito português (subsecção II da secção dedicada à Responsabilidade Civil no CCP).

1.1.2.3 Abuso de direito

No sistema do CCB, a responsabilidade civil por abuso de direito foge das cláusulas gerais da culpa e risco, pois configura situação de ilicitude objetiva (art. 187)⁹.

Já no Direito português há domínio na doutrina de que a responsabilidade civil nestes casos não prescinde da culpa como fator de imputação¹⁰, ainda que possa ser reconhecida de ofício¹¹.

1.1.2.4 Atribuição por imposição legal

No caso das disposições do art. 188 c/c arts. 929 e 930 do CCB, há responsabilidade civil por atos lícitos (porque o dano é antijurídico), nos quais o

⁸ Adota-se, aqui, a classificação de Paulo Nader (2009), p. 101.

⁹ Miragem (2009), p. 99.

¹⁰ Coutinho de Abreu (1983), p. 76, diz que “[P]ode assim haver lugar à obrigação de indemnização desde que, nos termos gerais da responsabilidade civil (art. 483º, s. do Código Civil), ao facto voluntário e ilícito do agente (comportamento abusivo) se juntem os restantes pressupostos - nexo de imputação (a título de culpa) do facto ao lesante, dano, e nexo de causalidade entre o facto e o dano”.

¹¹ Pimenta (2004) afirma: “... [às] interrogações em pauta, a doutrina e a jurisprudência portuguesas fazem corresponder, quase unanimemente ... a solução de que o tribunal *pode e deve* conhecer sempre da questão do abuso de direito...”.

fator de atribuição é exclusivamente a norma jurídica. Sem a ilicitude subjetiva (culpa) ou objetiva (risco/abuso de direito), impõe-se, aqui, o reconhecimento de categoria autônoma.

1.2 NEXO DE CAUSALIDADE

1.2.1 Noção de causa

Sob a perspectiva da Filosofia, a ideia de causa remonta a Aristóteles (causa material, de que algo é feito; causa formal, o que lhe dá a forma; causa eficiente, como se fez algo; causa final, porque algo tem a sua forma), tem importante revisão com Galileu (“causa eficiente é a condição necessária e suficiente para a aparição de algo”), e sofre verdadeira transformação na percepção de Hume (que nega a existência de qualquer “propriedade” ou “força misteriosa” no fato individual antecedente que “crie” ou “produza” o conseqüente, e diz que, quando se afirma que “A” é causa de “B”, isso significa apenas a dizer que “A” regularmente é seguido de “B”, vendo a “causação” como sucessão regular de acontecimentos)¹². A Galileu tributa-se a referência à *necessidade e suficiência* da causa; a Hume, a *regularidade*, mesmo que essa corriqueira observação seja eventualmente problematizada¹³. Na trilha de Hume, Stuart Mill “nega, estritamente, pressupostos apriorísticos do pensamento”¹⁴, mas, diferentemente de Hume, “põe ênfase na circunstância de que raramente existe uma sequência repetitiva entre um só antecedente e um único conseqüente”¹⁵, concentrando sua análise nas situações de “pluralidade de antecedentes”, para afirmar que, “quando identificamos uma única causa... elegemos um elemento de um conjunto de condições que se requerem de um modo idêntico para que ocorra este evento”.

1.2.2 Teorias “jurídicas” sobre a causalidade

1.2.2.1 Direito continental (*civil law*)

As primeiras teorias que surgem no âmbito do Direito Continental, para tratar do tema da causalidade, são derivações das concepções da Filosofia sobre

¹² Warburton (2013).

¹³ Beebe (2006).

¹⁴ Heinemann (1983).

¹⁵ Acciarri (2009), p. 17/18.

o assunto, e, nesta medida, têm como ponto de partida uma ideia “física” ou “mecânica”, ou, ainda, “naturalista”, de *causa*.

Como assinalam Hart e Honoré (1959, p. 442/443), a expressão moderna da noção *versari in re illicita* é exposta por Glaser (1858), na Áustria, e, logo depois, por von Buri, na Alemanha (1860), com a ideia de que qualquer condição necessária ou *sine qua non* de um evento é a sua causa. É o surgimento da *Bedingungstheorie*, teoria das condições ou teoria da equivalência das condições. Tendo-se esta como ponto de partida, é possível perceber a teoria da causalidade adequada como uma tentativa de sua sofisticação, tornando-se mais precisa a noção de *causa*, mas ainda dentro da ideia de uma relação objetiva e naturalística. O mesmo se pode afirmar acerca das variantes da teoria da causalidade adequada, como é a teoria do dano direto (e imediato). Já em uma linha distinta se coloca a teoria do âmbito de proteção da norma, que identifica na noção de *causa* um elemento normativo (e axiológico), despindo-a de qualquer vínculo naturalístico e aproximando-a do fator de atribuição. Como se disse, a teoria da *equivalência das condições* não distingue *causa* e condição: se várias condições concorrerem para o mesmo resultado, todas têm o mesmo valor (todas equivalem). Assim, para se saber se uma determinada condição é causa, elimina-se mentalmente esta condição, por meio de um processo hipotético: se o resultado desaparecer, a condição é causa. Na evolução desta teoria encontra-se a teoria da *causalidade adequada*, que individualiza ou qualifica as condições. *Causa* é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado. Assim, nem todas as condições serão *causa*, mas apenas aquela(s) que for(em) a(s) mais apropriada(s) a produzir o evento. Segundo Hart e Honoré (1959, p. 466), von Bar foi o precursor (1870) daquilo que denominam “escola generalizadora” (porque, para estes autores, são “generalizadoras” as teorias de que cada afirmação causal individual é implicitamente *geral*, no sentido de que a sua verdade depende da verdade de uma afirmação geral acerca de regularidades empíricas¹⁶), tomando como ponto de partida o trabalho de Glaser, porém contestando a sua conclusão de que toda e qualquer condição devia ser considerada como *causa*. Para von Bar, toda *causa* é, necessariamente, uma condição, mas nem toda condição é uma *causa*, pois esta qualidade somente pode ser atribuída àqueles eventos que se fujam de um juízo de “regularidade” (eventos “regulares” ou “ordinários”, assim, ainda que

¹⁶ Acciarri (2009), p. 90, destaca que o termo “generalizador” pode ser empregado em outro sentido: para designar a teoria que atribui a qualificação de causa, indistintamente, a todas as condições (“teoria da equivalência das condições”). Em oposição estariam as “teorias individualizadoras”, como também é utilizado por Sampaio da Cruz (2005), p. 53.

condições, não são *causas*). A teoria foi depois desenvolvida por von Kries (1880), que incorporou elementos de análise probabilística na noção de “regularidade de eventos” proposta por von Bar¹⁷. Alerta Noronha (2003, p. 601/602) que a teoria admite uma formulação “positiva” (“um fato deve ser considerado causa adequada de um evento posterior quando favoreça a Produção deste”) e outra “negativa” (“causa adequada é a que, segundo as regras da experiência, não é indiferente ao surgir do dano”), considerando preferível a segunda. Conforme Calvão da Silva (1990, p. 712), a teoria está reconhecida no disposto no art. 563º do CCP. É, igualmente, sustentada como aplicável no âmbito do Direito brasileiro¹⁸. Variante desta última teoria é a do dano direto, sustentada, no Brasil, por Agostinho Alvim, considera que “a causa de um dano pode ser um fato próximo ou remoto, mas que deve estar diretamente ligado a ele”. No Supremo Tribunal Federal, no Brasil, por ocasião do julgamento do RE 130764/PR, o relator, Ministro Moreira Alves, afirmou ser esta a teoria que embasa a causalidade, no direito civil brasileiro. É também a posição, entre outros, de Gonçalves (2007, p. 333/334)¹⁹. Outras variantes da causalidade adequada são a teoria da “causa eficiente” e a teoria da “causa preponderante”²⁰. Já na direção de uma ruptura com a ideia “naturalista” de *causa*, mas ainda reconhecendo a existência de um elemento fático *necessário* que deva ser considerado, está a teoria do *âmbito de proteção da norma* (ou “*lesão de bem protegido*”), que pretende que não é possível identificar um critério único e válido para se aferir o nexo causal em todas as hipóteses de responsabilidade civil, mas sim observar a função da norma violada. Ao final, e já sob uma perspectiva estritamente normativa, estão as teorias que preconizam a imputação objetiva do nexo causal (assimilando, portanto, fator de atribuição e nexo de causalidade).

1.2.2.2 *Common law*

Considerado que o propósito deste artigo diz respeito ao Direito brasileiro e ao Direito português, a referência a seguir aos critérios sobre causalidade na tradição do *common law* são apenas ilustrativas.

¹⁷ Acciarri (2009), p. 93.

¹⁸ Por todos, Noronha (2003), p. 603.

¹⁹ Sampaio da Cruz (2005), p. 107, NR 192, detalha a perspectiva da doutrina brasileira acerca da adoção desta teoria.

²⁰ Para um exame mais completo das diferentes teorias, veja-se Sampaio da Cruz (2005).

Conforme a doutrina²¹, quem pretende responsabilizar a outrem como causador do dano deve não somente provar que o suposto autor detinha deveres de cuidado, e que deixou de atendê-los, mas também que produziu a perda da vítima. Para isso, em uma primeira abordagem, impõe-se a verificação de ser o fato imputado ao suposto autor uma condição necessária (*sine qua non*) do prejuízo, o que é feito por meio do que os tribunais do *common law* designaram como “*but for test*”: teria a vítima sido isenta do prejuízo na falta do ato imputado ao autor?

Trata-se do requisito denominado *cause-in-fact*, que está intimamente ligado a uma concepção naturalística (“científica”) de causa²²⁻²³.

Além desse requisito, deverá ser demonstrado que a “causa”, filtrada pelo critério anterior, é também “próxima” do dano (*proximate cause*), isto é, “condição suficiente”, no sentido de que não há qualquer elemento interruptivo, do ponto de vista lógico, entre a “causa” e o dano. Aqui, diferente do que ocorre no primeiro requisito, entram em conta aspectos valorativos, que devem ser resolvidos por argumentos políticos, e não por critérios “científicos”. Não por outra razão, a *proximate cause* é também designada por Moore (2009, p. 83) como *legal cause*.

1.2.3 “Causalidade” econômica

Calabresi (2001, p. 72) aponta para uma “causalidade econômica”, percebida como um “conceito funcional”, para a responsabilidade civil: a partir da identificação de objetivos “compensatórios” (alastrar os prejuízos e distribuir riqueza) e “dissuasórios” (coletivos ou específicos, e “de mercado” ou gerais), que ilumina o tema sob outra perspectiva.

²¹ Owen (2000), p. 40.

²² Moore (2009), p. 83.

²³ Calabresi (2001), todavia, alerta para alguma distinção entre uma visão naturalística de “causa” e o conceito de *cause-in-fact*: “A *but for cause*, as I shall use it, is any one of many acts or activities without which a particular injury would not have occurred. This usage is common enough and needs no special discussion. The only point worth making at this stage is that, while there is frequently an overlap between causal linkage and *but for cause*, the two concepts often diverge. The death of a person found with a broken neck at the foot of an unlighted staircase is causally linked to the absence of light even though it may be conclusively proved that the particular victim fell on the particular occasion because of a sudden dizzy spell that would have occurred with or without adequate lighting, that is, was not related in a *but for* sense to the absence of light. Conversely, *but for the fact that the trolley driver had been speeding*, the trolley car would not have been under a particular rotten tree when it fell and hit the car. Yet, unless speeding increases vibrations and vibrations increase the likelihood of trees falling, the admittedly *but for cause* would not be causally linked to the injury”.

1.2.4 Causalidade múltipla

Especialmente relevante na doutrina que examina a causalidade, no campo da responsabilidade civil, é o tema das múltiplas causas, que pode se apresentar de diversas formas. Como afirma Mota Pinto (2008, p. 930),

o critério da condição *sine qua non*, ou condição necessária, é ainda geral aceite, na doutrina civilística, como critério *mínimo* necessário para a causalidade, que daria a extensão *máxima* à noção de causa, mas que ... este procedimento conduz, porém, a resultados estranhos nos casos de *multiplicidade de causas* - ou de sobredeterminação causal -, havendo nestes casos que reconhecer exceções ao critério da condição *sine qua non*. É o que acontece com as hipóteses de causalidade *cumulativa* (para quem os admite), em que o resultado teria igualmente sido produzido sem a causa, e esta não era, pois, condição necessária.

Mota Pinto (2008) diz impor-se um “esclarecimento terminológico” sobre as diversas hipóteses de causalidade, distinguindo *causalidade hipotética* ou *virtual*, e, na *causalidade múltipla* (ou concurso objetivo de causas), casos de *concurso necessário de causas* (*causalidade complementar, concausalidade necessária, causalidade conjunta*) e de *causalidade cumulativa não necessária* (*causalidade cumulativa*), simplesmente, ou *concurso cumulativo*, ou, ainda, *causalidade dupla, plural ou adicional*.

1.2.5 Causalidade virtual

A “causa virtual” ou “causa hipotética” (fato tido como adequado à produção do resultado, mas que não chega a produzi-lo, em razão da ocorrência de outro fato, que cria cadeia causal distinta) gera o que Noronha (2003, p. 658) detalha como *causalidade interrompida* (quando a causa real é invocada pelo autor da causa virtual - *relevância positiva* da causa virtual) ou *causalidade antecipada* (quando é o autor da causa real quem alega a existência de causa virtual - *relevância negativa* da causa virtual), muito embora Mota Pinto (2008, p. 933) sustente tratem-se estas últimas de noções que se “cruzam” com a de causalidade hipotética, mas que não merecem “relevo autônomo”, por entender que “se tratam de casos reconduzíveis à causalidade hipotética”.

Em um sentido geral, nega-se relevância jurídica à “causa virtual”, ainda que existam, na definição de Noronha (2003), “situações mais complexas”, das quais se destaca a que envolve a mitigação do valor indenizatório²⁴.

1.2.6 Causalidade complementar

As múltiplas causas são consideradas complementares quando “ambas as acções só causam o dano conjuntamente, sendo a complementaridade das causas necessária (ex.: duas doses de veneno, cada uma por si só não mortal, são deitadas no café por duas pessoas diferentes, e conjuntamente provocam a morte)”²⁵. Podem as causas apresentarem-se de forma simultânea ou sucessiva, mas, em qualquer caso, não há exatamente um problema de “sobredeterminação causal”, diante do que dispõem os arts. 497º, 1, do CCP, e o parágrafo único do art. 492 do CCB.

1.2.7 Causalidade dupla

Já na *causalidade cumulativa não necessária*²⁶, “cada acção era por si só causal, isto é, suficiente para causar o evento lesivo (por ex., duas doses mortais do mesmo veneno são deitadas no café por duas pessoas diferentes...)”.

Neste contexto, ganha importância a distinção mencionada por Acciarri (2009, p. 22)²⁷, entre condições NESS (*necessary element of a sufficient set*) e INUS (*insufficient but non-redundant part of an unnecessary but sufficient condition*), pois, adotado o primeiro critério, como citado por Hart e Honoré (1959, p. 112), nos casos de sobredeterminação causal podem existir vários conjuntos mínimos suficientes de condições, em que cada um dos elementos necessários destes conjuntos será “elegível” como causa²⁸.

²⁴ A complexidade que envolve o tema da “causalidade virtual” não é compatível com o escopo deste artigo. O problema, inclusive, vai além do Direito Civil (talvez, até, tenha ainda maior importância no Direito Penal), como se pode observar em dois trabalhos de Marcelo A. Sancinetti, de 2008 (“¿Son irrelevantes los cursos causales hipotéticos para la Responsabilidad Penal?” e “Cursos Causales Hipotéticos y la Teoría de la Diferencia”, publicados em *Causalidad, Riesgo e imputación - 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*. Buenos Aires: Hammurabi, 2009). A respeito do assunto, veja-se, também, BLAIOTTA, Rocco. *Causalità Giuridica*. Torino: G. Giappichelli, 2010. p. 181.

²⁵ Mota Pinto (2008), p. 933.

²⁶ A expressão é de Mota Pinto (2008), p. 933.

²⁷ Segundo o autor, a paternidade dos termos cabe a J. L. Mackie.

²⁸ Críticas ao uso das condições NESS e a suas refutações podem ser encontradas em WRIGHT, Richard. *The NESS Account of Natural Causation: A Response to Criticisms*. Disponível em: <<http://scholarship>

1.2.8 Causalidade alternativa

Aqui, existe “incerteza sobre qual foi, das diversas causas, aquela que produziu o resultado”²⁹. Ou, na descrição de Noronha (2003, p. 652), “quando existem dois ou mais fatos com potencialidades para causar um determinado dano, mas não se sabe qual deles foi o verdadeiro causador”.

2 A PREVENÇÃO COMO UMA DAS FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 DIREITOS DE PROPRIEDADE, CONTRATOS E RESPONSABILIDADE CIVIL

Na linha das abordagens de “Direito e Economia” (*Law and Economics*)³⁰, a responsabilidade civil tem uma função residual, quando se considera que, tendo como ponto de partida determinada alocação dos direitos de propriedade, o mecanismo dos contratos é a solução adequada para as trocas (relações) envolvendo estes direitos, na ausência de custos de transação significativos. Em casos em que a solução contratual não é adequada, e mantendo-se no direito privado o enfrentamento dos interesses postos em causa, a responsabilidade civil se coloca como o campo adequado para essa tarefa.

Vale mencionar que, para a Economia, as expressões “direitos de propriedade” e “contratos” têm um sentido ligeiramente distinto daquele que é empregado pelo Direito³¹, pois, “sob o ponto de vista legal, a propriedade é um *feixe de direitos*”³², e não deve ser confundida com “propriedade privada”, pois “o termo verdadeiramente encampa um leque de diferentes formas de propriedade: privada, comum, estatal, condicional, direitos de propriedade intelectual, direitos de passagem... o termo se refere a qualquer alocação jurídica de competência para usar um recurso”³³.

kentlaw.iit.edu/fac_schol/716>. Publicado em: 1º jan. 2011. Acesso em: 12 maio 2014. Neste trabalho, Wright distingue o critério NESS de outros dois, atribuídos a Hart e Honoré (“fator com relevância causal”) e John Mackie (condições *INUS*).

²⁹ Mota Pinto (2008), p. 933.

³⁰ Adota-se a expressão “Direito e Economia”, e não “Análise Econômica do Direito”, pelos fundamentos apresentados por Miller (2011).

³¹ Veja-se Cooter e Ulen (2012).

³² Cooter e Ulen (2012), p. 73.

³³ Schäfer e Ott (2004), p. 401.

Já os “contratos”, situam-se na posição intermediária entre o “mercado” e a “integração vertical”: exigem inter-relação entre agentes econômicos distintos e envolvem “promessas”, ao menos de uma das partes³⁴.

Uma vez definidos os “direitos de propriedade”, na ausência de impedimentos³⁵ à sua negociação entre os agentes econômicos, a via contratual será a adequada para a obtenção da maior eficiência econômica³⁶. Todavia, quando não se está diante de uma situação que envolva “direitos de propriedade” previamente definidos, ou mesmo diante deles, não se viabilizou a negociação entre os agentes econômicos envolvidos, então, como afirmam Cooter e Ulen (2012, p. 187), “*a third major body of private law other than property and contracts*” é necessário, que diz respeito aos casos nos quais não há uma quebra de contrato, ou que não possa ser reparado apenas por uma medida que impeça futuras violações de interesses afetados. Esse é o espaço reservado à responsabilidade civil (*tort law*, nos países de língua inglesa)³⁷.

2.2 FUNÇÕES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como alerta Acciarri (2009, p. 176), é possível reconhecer dois grandes grupos de significados para o termo *função*, um deles que “simplesmente se refere à relação entre certas propriedades” de dois elementos e outro que “guarda uma relação mais forte com a ideia de *objetivos*”, e que admite distinção entre “funções” e “disfunções”, na exata medida em que esses objetivos são ou não são perseguidos.

Na mesma linha sugerida pelo professor argentino, aqui se usa *função* no primeiro dos sentidos, como antes referido, para reconhecer à responsabilidade civil certas relações com *efeitos empíricos* verificáveis. Em outras palavras, sendo o Direito um modo de regulação social, é de se esperar que o corpo normativo

³⁴ No “puro mercado”, há troca de recursos por outros recursos; na “integração”, a firma absorve o que, em outras situações, buscaria no “mercado” ou por “contrato”.

³⁵ Como ensina Araújo (2007), Parte I.

³⁶ Em consideração ao assim denominado “Teorema de Coase”, como ficou conhecida a formulação feita por Ronald Coase, em 1937, no artigo “*The Problem of Social Costs*”, que pode ser encontrado em *The Journal of Law & Economics*, v. III, de Outubro de 1960 (há versões traduzidas para o português, em *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 3, Issue 1, 2008, article 9, e no trabalho organizado por Salama (2010), p. 59. Maior detalhamento sobre o assunto pode ser obtido na obra de Posner (2007), p. 31.

³⁷ Sobre as aproximações (e eventuais discrepâncias) entre o sistema continental (*Civil Law*) e o *Common Law*, veja-se Gordley (2006), cap. III.

que compõe o que chamamos de “responsabilidade civil” detenha *efetividade* social, ou seja, possa produzir, nos fatos sociais, determinadas consequências.

2.2.1 Reparadora

A função precípua da responsabilidade civil, historicamente, é a da reparação³⁸. Afirma Judith Martins-Costa (2010)³⁹ que “[o] princípio em torno do qual se articula o instituto da responsabilidade civil é o princípio da reparação integral, que agrega ao *valor fundante* dessa disciplina o *valor sistemático* e o *valor dogmático*”. Como se percebe, em regra, a função reparadora é percebida pelo Direito pelo seu sentido axiológico, vinculada que está a noção de justiça comutativa ou corretiva⁴⁰.

Já sob a perspectiva econômica, na síntese proposta por Calabresi (2001, p. 73), “uma vez que as pessoas não apenas avaliam uma quantia de dinheiro de forma diferente, mas colocam um valor diferente para cada dólar subsequente, o impacto total de uma lesão pode ser diminuído por uma adequada apropriação deste encargo”⁴¹. A função reparadora, aqui, é vista a partir da necessidade de uma alocação viável dos recursos, daí porque, como lembra o mesmo autor “se, em geral, o encargo de suportar uma larga quantia é mais oneroso quando atribuído a uma única pessoa do que se dividido entre várias, então outra função da responsabilidade civil pode ser garantir que, de modo consistente com outros objetivos, o encargo das indenizações possa ser distribuído”⁴².

O conteúdo da função reparadora está essencialmente voltado a uma abordagem *retrospectiva*, isto é: uma vez verificado o dano, busca-se compensá-lo, em relação ao lesado, nos limites da sua extensão, pois o objetivo, aqui, não

³⁸ Conforme Almeida Costa (2000, p. 472/479), nos diferentes sistemas jurídicos, o primeiro passo foi a superação do “direito de vingança” pela entrega de uma soma em dinheiro, pelo ofensor ao ofendido, com “simultâneo alcance de reparação e punição”. Com o tempo, deslocou-se o caráter punitivo para os poderes públicos, apartando a responsabilidade civil (reparação) da penal (punição). O mesmo autor reconhece, todavia, que, modernamente, “não é inédito que juristas e legisladores assinalem subsidiariamente uma função punitiva e preventiva ao ilícito civil”.

³⁹ Prefácio na obra de Sanseverino (2010).

⁴⁰ Veja-se Bittar (2001), p. 98.

⁴¹ No original: “Tort compensation goals may be described in rough terms as follows: since people not only value a lump sum of money differently, but place a different value on each subsequent dollar as well, the total impact of an injury may be diminished by an appropriate allocation of its burden”.

⁴² Op. cit., p. 73 (no original: “If, in general, a large lump sum burden is more onerous when borne by one person than it would be if divided among many, then one function of tort law may be to ensure that, consistent with other goals, injury burdens are spread”).

é outro senão o da reposição do estado de coisas que existia anteriormente ao próprio dano.

2.2.1.1 Caráter compensatório

Comumente, a função reparadora é identificada com seu caráter compensatório, por certo o mais evidente. Como afirma Noronha (2003, p. 437/438),

A finalidade que é fundamental à responsabilidade civil é a de reparar um dano: apagar o prejuízo econômico causado (indenização do dano patrimonial), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal).

2.2.1.2 Caráter indenitário

Menos referido (mas nem por isso irrelevante), outro aspecto da função reparadora da responsabilidade civil se dá no que Sanseverino (2010, p. 59) denomina “função indenitária”: “estabelece que a extensão dos danos constitui o limite máximo da indenização”. Esta face da função reparadora encontra-se estampada tanto na legislação brasileira quanto na portuguesa (art. 944 do CCB e art. 494º do CCP).

2.2.2 Preventiva

Como já foi referido, ao lado da função reparadora, a doutrina vem reconhecendo à responsabilidade civil uma função preventiva, com conteúdo *prospectivo*, focada em evitar a recorrência de situações geradoras de dano⁴³. Trata-se de enfoque particularmente relevante para a abordagem de “Direito e Economia”, a partir dos trabalhos seminais de Calabresi (1970) e Steven Shavell (1987). Para a Economia, a existência do dano indica desperdício de recursos, que deve ser evitado. A reparação do dano, assim, é secundária (mas não irrelevante, porque a lesão que ocorra sem algum mecanismo compensatório significa

⁴³ VENTURI (2014), p. 87, citando Roberto López Cabana, lembra que “... o direito da responsabilidade civil não deve constituir-se como um mecanismo a funcionar apenas *ex post* (após a ocorrência do ato danoso), mas também, e sobretudo, *ex ante* (tendo como objetivo a inviolabilidade dos direitos e a prevenção de danos)”.

fragilização dos “direitos de propriedade”, com o conseqüente incremento de “custos de transação”, que reduz a eficiência econômica).

2.2.2.1 Caráter dissuasório

O adequado funcionamento dos mecanismos de responsabilidade civil funciona como sinalização, seja para aquele que é reconhecido como o causador do dano, seja para terceiros, acerca das conseqüências do ato praticado, *dissuadindo-os* quanto a uma eventual recorrência. Na relação direta com a efetividade das soluções jurídicas de responsabilização civil está a possibilidade de estas conseqüências serem percebidas *a priori* pelos sujeitos potencialmente envolvidos, induzindo medidas de prevenção.

Há, aqui, um pressuposto que decorre diretamente dos estudos de “Direito e Economia”: os agentes econômicos agem racionalmente⁴⁴, e reagem a incentivos (e desincentivos) que lhes são fornecidos, entre outras fontes, pelo sistema jurídico.

2.2.2.2 Caráter redutor de custos sociais

Objetivos de prevenção, na responsabilidade civil, afirma Calabresi (2001, p. 77), “podem ser descritos como aqueles nos quais se busca minimizar o montante dos custos de indenização e dos custos de precaução”⁴⁵. A partir da contribuição do “Direito e Economia”, fica claro que os “acidentes” (i.e., a ocorrência de danos) não devem ser evitados “a qualquer custo”, pois há casos em que os “custos de precaução” excedem o benefício que se obtém (evitar os “custos de indenização”)⁴⁶.

Calabresi (2001) distingue, na função dissuasória, um caráter *coletivo* ou *específico*⁴⁷ de outro, *de mercado* ou *genérico*⁴⁸, ambos voltados ao equilíbrio entre custos de prevenção e indenização, mas nos quais o primeiro dirige-se a esse fim por meio de ações políticas (ou coletivas), ao passo que o segundo deixa a decisão a cargo de decisões “atomísticas” (individuais).

⁴⁴ Ainda que uma racionalidade “limitada”, como sugere a *Behavioral Law and Economics*. Veja-se, a propósito, o estudo de Jeffrey J. Rachlinski, *A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight*, in Sunstein (2000), p. 95.

⁴⁵ No original: “Deterrence goals in tort law may be described as those which seek to minimize the sum of injury costs and safety costs”.

⁴⁶ Cooter e Ulen (2012), p. 199.

⁴⁷ P. 78. No original, *specific deterrence*.

⁴⁸ P. 84. No original, *general deterrence*.

Como destaca Ben-Shahar⁴⁹, para aferir a extensão na qual as normas sobre responsabilidade civil podem implementar otimização, em termos de bem-estar social, uma restrição baseada em causalidade precisa ser formalmente introduzida na estrutura destas normas. Neste sentido, o conceito de *scope of liability*⁵⁰, proposto por Shavell, incorpora esta restrição. O *scope of liability* é definido como o “estado de coisas” (situações de fato) sob os quais a responsabilidade civil pode ser aplicada. O elemento de causalidade é visto aqui como uma restrição porque há, necessariamente, um “estado de coisas” no qual não há responsabilidade por uma consequência danosa, exatamente pela falta do liame causal. Na ausência de exigência sobre relação causal, haverá responsabilidade sempre que houver dano. Ao determinar os efeitos de incentivo que o *scope of liability* gera, não são os dados objetivos de probabilidade que são considerados, mas sim a “probabilidade subjetiva”, isto é, a avaliação *ex ante* das possíveis consequências, feita pelo autor (ou potencial autor) do dano.

2.2.3 Punitiva (sancionador)

Não raro, mesmo quando a doutrina reconhece expressamente função preventiva à responsabilidade civil, o faz aproximando-a da função punitiva (ou sancionatória), às vezes sob o manto de um “papel intimidativo”⁵¹ ou apenas para destacar que o caráter punitivo se dirige ao autor do ato danoso e à prevenção (ou dissuasão), a “quaisquer outras” pessoas⁵².

Esta abordagem traz para o cenário de análise da função preventiva, em particular nos países que adotam o “Direito Continental” (ou *Civil Law*), como são os casos do Direito brasileiro e do Direito português, um debate que lhe é estranho: o de admitir-se ou não a figura das “indenizações punitivas” (*punitive damages*). Entende-se que melhor solução se obtém destacando uma de outra função, até para evitar que eventuais reações a uma “função punitiva”⁵³ possam impedir o reconhecimento do caráter dissuasório ou de redução de custos sociais, que tem a função preventiva.

⁴⁹ BEN-SHAHAR, Omri. *Causation and foreseeability*, in Faure (2009), p. 83/108.

⁵⁰ Veja-se, a propósito: Salvador-Coderch, Garoupa e Gómez-Ligüerre (2009).

⁵¹ Nader (2009), p. 15.

⁵² Noronha (2003), p. 441.

⁵³ Como diz Sanseverino (2010, p. 76): “... no contexto atual do direito brasileiro, não há espaço para o acolhimento dos *punitive damages*, carecendo de regulamentação legal expressa por refugir o instituto de nossa tradição jurídica”.

2.3 MAXIMIZAÇÃO DA PREVENÇÃO A PARTIR DO NEXO DE CAUSALIDADE

As possibilidades de que a responsabilidade civil possa desempenhar uma função preventiva estão diretamente relacionadas com a percepção que os agentes potencialmente causadores de dano possam ter sobre futuros “acidentes”. Neste sentido, o tratamento que o Direito empresta ao nexo de causalidade é determinante na maneira como (racionalmente) os indivíduos se comportarão quanto a atividades de precaução, independentemente do regime de responsabilidade adequado (subjetivo ou objetivo), muito embora fique claro que, em um regime de responsabilidade subjetiva, o meio mais óbvio de tratar este problema seja pela análise da culpa.

2.3.1 Escolha normativa da causa

Como foi demonstrado, longe de uma perspectiva “naturalística”, a noção de “causa” comporta critérios de escolha, entre os diversos eventos que podem comportar esta qualificação, que devem ser estabelecidos normativamente. Mais importante: não sendo o nexo de causalidade um dado da natureza, mas sim um critério adotado pela norma, não há qualquer empecilho lógico a que convivam, em um mesmo sistema jurídico, distintos critérios de definição de causalidade, tendo em conta exatamente qual a função da responsabilidade civil que deve ser tida como preponderante, nas diversas áreas albergadas sob o manto da responsabilidade civil.

Conforme Acciarri (2009, p. 258), “não existe um único critério jurídico de causalidade”, entendendo-se por *critério* os “procedimentos para vincular causalmente fatos individuais”. E as *condições causalmente elegíveis* são as “condições NESS” do fato conseqüente (p. 363), que estão submetidas a um procedimento de seleção que deve estar relacionado com propósitos (objetivos) da responsabilidade civil, mas também com as suas “funções”, aqui entendidas em uma perspectiva instrumental, que “independe da noção de objetivo, propósito ou finalidade” (p. 264).

É por isso que, se os critérios causais tiverem em conta a função reparadora, conclui o mesmo autor (p. 187), a função aumenta (a) se a aplicação do sistema resulta que mais danos sejam atribuídos causalmente a pessoas determináveis que não a vítima, (b) se, ademais de (a), o dever de reparar de cada uma delas alcança o total do dano, (c) se, ademais de (b), a causalidade do dano se atribui a

um maior número de pessoas e (d) se, ademais de (c), a causalidade do dano se atribui a pessoas “mais ricas”, isto é, com maior potencial de pagamento.

Esses são os critérios que não raro são adotados na definição da “causalidade adequada”, em atenção ao caráter compensatório da função reparadora, mas também, preponderantemente, a um sentido de garantir a indenidade da vítima, no caminho de uma “socialização” da responsabilidade civil⁵⁴.

2.3.2 Prevenção e senso comum

Há um “senso comum” que diz sobre a percepção de relações entre fatos individuais, no sentido de que um é “causa” do outro⁵⁵. É esse “senso comum” que permite, no exemplo proposto por Acciarri (2009, p. 9), que um filósofo, um jurista e um analfabeto, ainda que detenham distintos “equipamentos” para a compreensão dos fatos, possam se pôr de acordo quando testemunham a queda de uma árvore por ação de uma rajada de vento: causa e efeito serão entendidos de modo igual. As derivações possíveis desta relação, todavia, certamente serão diferentes. O jurista poderá especular sobre as responsabilidades decorrentes do fato (conservação inadequada da árvore pelo seu dono...); o filósofo, estabelecer relações entre esse fato e outros análogos, ou apartá-lo de outros, pertencentes a categorias distintas. Isso não altera a circunstância de que *causa* e *efeito*, em um “*senso comum*”, foram percebidos da mesma forma.

A noção de causalidade, como já se demonstrou, merece atenção da Filosofia desde Aristóteles, e pode ser descrita a partir de noções sobre regularidade de eventos, que, todavia, nem sempre são corretas⁵⁶. Mesmo assim, a presença destes elementos de “senso comum” são determinantes para as condutas de precaução quanto a eventos potencialmente danosos. É correto supor que um indivíduo (neutro a risco) cogitará de precaver-se na direta relação com a previsão que faça sobre a probabilidade de ocorrência de situações que possam lhe ser imputadas, como responsável por alguma situação de prejuízo (“responsabilidade civil”).

⁵⁴ Veja-se Viney (2007), p. 65.

⁵⁵ Como refere Pinker (2009, p. 337/339). Mesmo bebês, com idade inferior a seis meses, têm noção de *causação*.

⁵⁶ Os estudos na área da análise comportamental, em particular o trabalho de Daniel Kahneman e Amos Tversky (*Judgment over Uncertainty: Heuristics and Biases*, in “Judgment Under Uncertainty”, 1982), demonstram que o “senso comum”, também em matéria de causalidade, nem sempre é acompanhado pelas evidências empíricas sobre o que, *de fato*, é uma relação causal.

2.3.3 Causalidade e prevenção

Muito embora a ruptura entre uma noção “naturalística” de causa e a sua escolha normativa, uma vez reconhecido que toda condição NESS é uma causa (no senso comum), e que (normativamente) é possível escolher entre várias condições (particularmente nos casos de “multiplicidade de causas”) aquela ou aquelas às quais se atribuirá esta qualificação⁵⁷, pode ocorrer que se torne difícil ou até impossível àqueles que estão submetidos a um sistema de responsabilidade civil (e, portanto, a uma “dissuasão genérica” ou *general deterrence*) prever o dano e, a partir daí, adotar medidas de precaução.

É importante, quando se tem em conta a função preventiva da responsabilidade civil, reconhecer um *mínimo de senso comum* no critério de escolha de causas, mesmo considerando sua natureza normativa. Se a escolha é feita de modo arbitrário, pelo legislador ou pelo aplicador do Direito, qualquer perspectiva dissuasória, ou de redução de custos sociais (pela impossibilidade do cotejo entre custos de precaução e custos de indenização, *a priori*) ficará comprometida.

CONCLUSÕES

1. Ainda que despido de um sentido naturalístico, o nexo de causalidade permanece reconhecido, na doutrina, como um dos pressupostos da responsabilidade civil, adotando-se fundamentos normativos para a sua identificação.
2. Nos casos de causalidade múltipla, a definição de um critério normativo para a escolha tem particular importância, exatamente pela possibilidade da exclusão de alguma (ou algumas) das condições desta qualidade.
3. Ao lado da reparação, a prevenção é uma das funções da responsabilidade civil.
4. A função preventiva ter características dissuasórias e de redução de custos sociais, para as quais é imperativo que exista um sentido de previsibilidade quanto às situações danosas, que se busca evitar.
5. Tendo a escolha da causa caráter normativo, e em atenção à função preventiva, essa escolha deve, tanto quanto possível, estar próxima de um sentido comum para a noção de nexo de causalidade, para incrementar as condições de previsibilidade (e de precaução).

⁵⁷ Acciarri (2009), p. 54.

REFERÊNCIAS

- ACCIARRI, Hugo. *La Relación de Causalidad y las Funciones del Derecho de Daños*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. *Direito das Obrigações*. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- BEEBEE, Helen. *Hume on Causation*. New York: Routledge, 2006.
- BITTAR, Eduardo. *A justiça em Aristóteles*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- CALABRESI, Guido. *The Cost of Accidents – A Legal and Economic Analysis*. New Haven and London: Yale University Press, 1970.
- _____. *Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.*, disponível na “Yale Law School Legar Scholarship Repository”, *Faculty Scholarship Series*. Paper, 2001.
- CALVÃO DA SILVA, João. *Responsabilidade Civil do Produtor*. Coimbra: Almedina, 1990.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and Economics*. 6. ed. Boston: Addison-Wesley, 2012.
- COUTINHO DE ABREU, Jorge Manuel. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1983.
- FAURE, Michael (Ed.). *Encyclopedia of Law and Economics*. 2. ed. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Responsabilidade Civil. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2007.
- GORDLEY, James: *Foundations of Private Law – Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*, Oxford: Oxford University Press, 2006.
- HART, Herbert ; HONORÉ, Tony. *Causation in the Law*. New York: Oxford Press, 1959.
- HEINEMANN, Fritz. *A Filosofia no Século XX*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983.
- MILLER, Geoffrey P. *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*. New York University School of Law, NYU Center for Law, Economics and Organization, Law & Economics Research Paper Series, Working Paper nº 11-16, abril de 2011.
- MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito – Proteção da Confiança e Limite ao Exercício das Prerrogativas Jurídicas no Direito Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MIRANDA BARBOSA, Ana Mafalda Castanheira Neves de. *Do Nexo de Causalidade ao Nexo de Imputação*. Coimbra: Principia, 2013.
- MOORE, Michael. *Causation and Responsibility*. New York: Oxford University Press, 2009.

MOTA PINTO, Paulo. *Sobre Condição e Causa na Responsabilidade Civil. "Estudos em Homenagem ao Professor Doutor António Castanheira Neves"*, v. III: Direito Público, Direito Penal e História do Direito. Coimbra: Coimbra, 2008.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 7, 2009.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2003.

OWEN, Richard. *Essential Tort Law*. 3. ed. London: Cavendish Pub., 2000.

PIMENTA, José da Costa. *Sobre a Apreciação Judicial do Abuso de Direito*. Trabalho apresentado na disciplina de Direito Civil do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas da FDUL, 2004.

PINKER, Steven. *Como a mente funciona*. São Paulo: Cia. das Letras, 2009.

POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*. 7. ed. New York: Wolters Kluwer, 2007.

SALAMA, Bruno Meyerhof. *Direito e Economia – Textos Escolhidos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALVADOR-CODERCH, Pablo; GAROUPA, Nuno Garoupa; GÓMEZ-LIGÜERRE, Carlos. *Scope of liability: the vanishing distinction between negligence and strict liability*. *European Journal of Law and Economics*, 28, p. 257/287, 2009.

SAMPAIO DA CRUZ, Gisela. *O Problema do Nexo Causal na Responsabilidade Civil*. São Paulo: Renovar, 2005.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Princípio da Reparação Integral*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2004.

SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Accident Law*. 1987. Edição consultada: Cambridge, MA: Harvard University Press, 2007.

SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). *Behavioral Law and Economics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

TAVANO, María Josefina. *Los Presupuestos de La Responsabilidad Civil*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2011.

VENTURI, Thaís Goveia Pascoaloto. *Responsabilidade Civil Preventiva – A proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material*. São Paulo: Malheiros, 2014.

VINEY, Geneviève. *Introduction à La Responsabilité*. 3. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2007.

WARBURTON, Nigel. *Uma Breve História da Filosofia*. Porto Alegre: L&PM, 2013.

PROCESSO CIVIL E SISTEMA DE FRACIONAMENTO DE DEMANDAS

CIVIL PROCEDURAL LAW AND SUBDIVISION REQUESTS

Cristiano Becker Isaia¹

Doutor em Direito Público

RESUMO: A ideia deste trabalho está em projetar uma compreensão hermenêutica e democrática do Direito Processual Civil, tendo como pano de fundo a afirmação de um novo processo pós-burocrático sumarizado. A matriz teórica adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já-sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa compreender a realidade, abnegada pelo positivismo jurídico e pela metafísica, a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. Os

“métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico, o que se justifica pela verificação das condições de possibilidade para a superação dos desafios da jurisdição processual no século XXI.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; processo civil; processo pós-moderno; sociedade em rede; fracionamento de demandas.

ABSTRACT: *The idea this work then is to design a hermeneutic understanding and democratic of the civil process, which has as a backdrop the assertion of a new post-bureaucratic process. The theoretical framework adopted was the*

¹ Pós-Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos), Professor Adjunto lotado no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado) e no Departamento de Direito da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Professor Adjunto do Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano (Unifra), Autor das obras *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica* (Ed. Juruá, 2011) e *Processo civil e hermenêutica* (Ed. Juruá, 2012). O presente trabalho é oriundo das pesquisas realizadas no projeto *Elementos para uma (necessária) compreensão hermenêutica e democrática do direito processual civil*, financiado pelo Centro Universitário Franciscano.

phenomenological-hermeneutic, which is a “make do” phenomenon that is essential for the unveiling, that the lawyer (who since has always-already-world experience anticipated by pre-understanding) can understand the reality, selfless by legal positivism and the metaphysical, from the tradition in which it is inserted and the finitude of his knowledge. The “methods” of procedure were adopted and the historical monograph, as well as to verify the conditions of possibility for overcoming the challenges of procedural jurisdiction in the XXI century.

KEYWORDS: *fundamental rights; civil process; postmodern process; networked society; fractionation demands.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Processo civil constitucionalizado e interpretação; 2 A busca por respostas corretas e o modelo democrático-sumarizado de processo; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Civil procedural constitutionalized and interpretation; 2 The search for correct answers and the democratic model summarized process; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O processo civil tem um importante lugar a ocupar na estrutura do Estado Democrático de Direito: um Estado transformador, fruto de uma série de conquistas que ao longo dos anos se destinaram a traçar uma plataforma que superasse – sem absolutamente esquecê-los – os direitos individuais, concentrando-se nos movimentos sociais. E que dessa forma agrega o qualitativo da busca pela igualdade da comunidade, fazendo-o por meio de sua vinculação a uma ordem constitucional que organize democraticamente a sociedade por um complexo sistema de direitos e garantias fundamentais individuais, coletivos e difusos, visualizando na justiça social a condição de possibilidade na correção de desigualdades.

A jurisdição processual, nesse contexto, passa a ter uma importante contribuição para a implementação da chamada questão social, no interior da qual o Direito assume um novo papel transformador, superando o próprio modelo de Estado social (Streck, 2004, p. 3). E isso será também realizado com a sedimentação do processo civil na concretização dos anseios da sociedade.

Todavia, os obstáculos são consideráveis. Isso porque ainda se está diante de um modelo processual extremamente apegado à ordinariedade e ao solipsismo (protagonismo) judicial, que atuando em conjunto deflagram o déficit de realidade do processo civil atual. Um modelo que, a partir da hipostasiação do

processo de conhecimento (e de seu corolário rito ordinário), deixou a satisfação dos novos direitos (principalmente os emergentes de uma sociedade global em rede) em segundo plano, sobrelevando elementos puramente técnicos, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais. Também a utilização desenfreada de súmulas, enunciados e posições “dominantes” de tribunais superiores, os quais estão sendo entificados e sacralizados. E no mesmo embalo, a produção probatória exauriente, capaz, ao final, de viabilizar ao juiz o alcance da verdade, sonho racional-iluminista.

A questão está em que, se no perfil estatal democrático o direito passa a ser transformador da realidade, é chegada a hora de se repensar o processo e a atuação jurisdicional para além do protagonismo judicial e do protagonismo processual técnico e universalizante. Deve ele percorrer um caminho à definição dos direitos dos cidadãos, local em que a Constituição e o caso concreto assumirão o estrelato, fato que tem como condição de possibilidade a construção de uma jurisdição processual ativa não decisionista na concretização de uma justiça substantiva (que sobreleve o direito material-constitucional, o caso concreto) e da própria cidadania, atuando o juiz como um construtor do equilíbrio entre interesses supraindividuais (Bolzan de Moraes, 2002, p. 322), angariando forças a viabilizar o cumprimento dos direitos sociais em uma plataforma que almeje superar a crise epistemológica pela qual atravessa o Direito e, conseqüentemente, o processo. Por isso optou-se em trabalhar com o papel do processo e da jurisdição no século XXI, o que se pretende desenvolver nos capítulos que seguem.

Para tanto, utilizou-se como teoria de base (“metodologia”) a ontologia hermenêutica; o retorno ao desvelamento; a recondução do olhar do ente para o ser, incompatível, portanto, em tese, com a caracterização de método. Levando-se em consideração o recém-exposto, a matriz teórica (“método” de abordagem) adotada foi a fenomenológico-hermenêutica, que constitui um “deixar ver” que o fenômeno é essencial para o desvelamento, para que o jurista (que desde-já- sempre tem experiência de mundo antecipada pela pré-compreensão) possa compreender a realidade, abnegada pelo positivismo jurídico e pela filosofia da consciência, a partir da tradição em que está inserido e da finitude de seu conhecimento. A referida matriz aproxima-se da constatação de que o ser dos entes só se dá na *applicatio*, o que será possível diante da condição de ser-no-mundo do intérprete e de sua consciência histórica. Já os “métodos” de procedimento adotados foram o histórico e o monográfico.

A ideia central é penetrar no “problema” da interpretação em processo para alicerçar a construção do necessário imbricamento entre o sistema da

principiologia constitucional e do desvelamento de um processo pós-moderno (e antimoderno). Um processo sumarizado e democrático, resgatando seu papel enquanto constituinte de um ambiente de formação de decisões compartilhadas e participativas diante dos anseios de uma sociedade em rede.

1 PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONALIZADO E INTERPRETAÇÃO

Não são poucos os desafios para a construção de um novo sistema processual civil no século XXI, ainda mais quando se está prestes a receber um “novo” código de processo, que medularmente continua comprometido com ideais antidemocráticos. Isso é facilmente percebido quando o processualismo confronta-se com um código que trará sérias dificuldades no trato das ações coletivas, que mais do que nunca supereleva o papel solipsista do juiz e que dá continuidade na aposta à procedimentalidade ordinária e plenária. Ainda: que parte do pressuposto, pretendendo fazer crer que assim dará coerência e integridade ao sistema, que a estabilização da jurisprudência firmada nos tribunais superiores é garantia de incremento de segurança jurídica, achando que com isso salvará o processo do “desvirtuamento” da atividade jurisdicional de primeiro grau (Gresta, 2012, p. 225).

Essa obsessão pela padronização decisória “de cima a baixo” proposta pelo “novo” código nem de perto significa o que alguns autores, em especial Ronald Dworkin, vêm trabalhando à luz da necessidade de se construir decisões judiciais coerentes e íntegras. Como bem alerta Roberta Maia Gresta, esse tipo de proposta leva a uma total inversão dos fatores da cultura jurídica, subvertendo o processo como instituição democrática (2012, p. 226).

Olvidar que o processo é um espaço discursivo e que ocupa um lugar importante na construção de uma sociedade democrática só contribui contra a integridade do sistema jurídico. E é isso que acabará ocorrendo diante da universalização de padrões decisórios, que a seu modo vem sendo a principal ferramenta na construção de um sistema que funciona “por atacado”, no pretensu ideário de conferir, dessa forma, segurança jurídica.

Evidentemente, não se pode confundir orientação com padronização. Orientação é pré-compreensão. É fundamentação. Integridade. Padronização é positivismo. É universalização. É ausência de fundamentação. Nulidade. Orientação (fundamentação) se realiza com princípios constitucionais, respeitando a tradição, as decisões anteriores sobre dada matéria, o que é absolutamente saudável em uma democracia contemporânea. Veja-se que, para

Dworkin, e considerando também a lição de François Ost, o Direito enquanto integridade carece da compreensão de uma verdadeira coerência principiológica que refuja ao ideário das concepções² convencionalistas (que desprezam o passado, contentando-se em assentar suas decisões em convenções presentes), ou pragmatistas do Direito (que se preocupam exclusivamente com a eficácia da decisão compreendida como capacidade de agir com sucesso sobre o futuro da situação tratada) (Ost, 1999, p. 97).

Sem desprezar os ideais de equidade (*fairness*) e justiça (*justice*), ela exige uma atuação estatal coerente com princípios jurídicos, especialmente os constitucionais. Negará que as manifestações do Direito sejam meros relatos pretéritos (tese convencionalista) ou simplesmente programas de futuro (tese pragmatista), até mesmo porque o *locus* interpretativo oriundo da tese dworkiniana se manifesta em simbiose entre as posições que se voltam ao passado e as que se voltam ao futuro (Dworkin, 1999, p. 274).

Guarda em sua plataforma estrutural o respeito à história, mas não a uma história que leve o agir jurídico a algo em desuso. O historicismo da tese dworkiniana se sustenta porque o ato interpretativo é, nela, pensado no presente, retornando ao passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim exija. Nesse mesmo movimento o direito processual civil pode ser organizado e justificado por princípios suficientemente atraentes que almejem um futuro digno ao direito (Dworkin, 1999, p. 274). Claro: Dworkin, em uma perspectiva hermenêutica, respeita o valor da tradição – em verdadeira crítica ao historicismo e a ficcional imunidade do homem aos fatos da história –, fazendo referência (quando trata da interpretação jurídica) metaforicamente a uma espécie de “romance em cadeia”, como o escrito por uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo.

Assim é o Direito e a atividade jurisdicional sob a tese da *integrity* de Dworkin. Parte-se do pressuposto de que os juízes têm o dever e a obrigação

² Para o convencionalismo, o Direito só irá se legitimar quando sustentado por uma decisão política do passado que promova o consenso entre os juristas, podendo ser reduzida à obediência e respeito às convenções pretéritas. Em caso de anomia, o juiz estaria habilitado a criar o Direito ou se valer de seu poder discricionário. Logo, para o convencionalismo, não existe direito a não ser o extraído de decisões por meio de técnicas referentes a questões de convenção. Para o pragmatismo o direito seria fruto da criação do Judiciário. Dessa forma, para o pragmatismo, as pessoas nunca têm direito a nada, a não ser à decisão judicial, que, ao final, deve se revelar a melhor para a comunidade como um todo, o que habilita o juiz a se desvincular de toda e qualquer decisão política do passado, aplicando um direito novo que ele mesmo criou. Para maiores aprofundamentos sobre ambas as percepções a respeito do Direito, consultar: Dworkin, 1999, 1999, p. 185 e ss.; Fernandes; Pedron, 2008, p. 207 e ss.

de levar em conta o que outros juízes decidiram em casos semelhantes àquele submetido agora à jurisdição, devendo “considerar as decisões deles como parte de uma longa história que têm de interpretar e continuar” (Dworkin, 1999, p. 286). Não se trata de simplesmente reproduzir decisões passadas, requerendo, ao contrário, que as decisões tomadas se conformem aos princípios que justificam a tradição (naquilo em que se demonstrar autêntica).

Note-se que a relação entre orientação (fundamentação, integridade) e padronização relaciona-se diretamente com a questão da interpretação em processo. Para este estudo, também aquilo que a hermenêutica pode vir a contribuir quando se fala em um “novo” processo no século XXI, o qual, pelo que já se pôde perceber, principalmente quando o tema reside na construção de uma plataforma jurídica composta por novos direitos, por novos atores sociais, por direitos de uma sociedade em rede, *fomenta a afirmação do binômio democratização/sumarização processual*.

A partir da sedimentação desse binômio é possível afirmar que o processo civil neste século depende diretamente de uma atuação jurisdicional e de um processo que proporcionem o fortalecimento (coerente) da Constituição, o respeito ao direito material e ao caso concreto submetido a juízo. Isso implica a superação do conceitualismo e de uma metodologia processual desvinculados do caráter histórico-individual do caso concreto. Em ultrapassar um modelo jurídico-processual universalizante, estampado no fato de que a processualística moderna, principalmente diante da universalização da ação condenatória como correspondente absoluta da *actio* romana, suprimindo os procedimentos interditais, não foi capaz de superar o pensamento metafísico aristotélico-tomista verificável na fase cognitivo-processual do período pós-clássico romano. Desde então, principalmente sob a influência dos escritos de Justiniano, o processualismo é concebido como simples *iurisdictio*, opondo julgamento e ordem.

Interpretar em processo, ao menos para este estudo, é dar-se conta de que a linguagem deve servir como ponto de partida e de reflexão no ambiente processual, porquanto é nela que o direito material-constitucional se desvelará. É nela que se dará o sentido. É por meio dela que o sujeito solipsista dará lugar a um sujeito mediado por uma práxis intersubjetiva, que o fará respeitar a tradição (autêntica) e o caso (que é sempre novo) que se lhe apresenta; um sujeito autêntico e angustiado (Heidegger), que pode fazer parte da história ao abrir cuidadosamente as portas do mundo para si.

Não se está a trabalhar com a produção de verdades únicas ou absolutas. A questão está que, no ambiente processual, a verdade é sempre uma verdade hermenêutica sujeita às condições de temporalidade e compreensão do intérprete, e que, nessa senda, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo, rumando à construção (constitucional) de um modelo de juiz ser-no-mundo, autêntico e democrático, que compreenda o processo como fenômeno, desvelando a realidade que se lhe apresenta em cada caso concreto (o qual deve ser compreendido em sua unicidade) (Gadamer, 2000, p. 50), instaurando *seu* sentido diante de *sua* singularidade. Sua morada: os ambientes procedimentais democratizados e sumarizados.

Esse seria um novo processo. Um novo ambiente processual, *locus* de satisfação dos direitos fundamentais, em especial os de feição coletiva e difusa, de terceira geração. Os direitos que não foram concebidos para a proteção do homem isoladamente, como o direito ao desenvolvimento, a um meio ambiente saudável, ao consumidor, aos decorrentes de uma sociedade em rede, entre outros. Um processo que deve redesenhar o papel do caso concreto, da história, da tradição autêntica, da práxis judiciária (enquanto produtora de precedentes judiciais), da necessidade em ultrapassar a construção do conhecimento isolado, da proteção constitucional relacionada à condução da tempestividade da prestação jurisdicional, da aproximação entre jurisdição e comunidade, dos próprios princípios constitucionais e da participação democrática, condições de possibilidade para a construção de um direito e de um processo civil íntegros.

A construção desse novo processo democrático e sumarizado segue o modelo constitucional de processo. Um modelo em que todos os procedimentos seguem a estrutura constitucional. Das próprias garantias constitucionais. Isso não significa que a relação entre tempo, procedimento, efetividade e eficiência processual seja necessariamente a mesma que se apresenta em outras famílias de processo, como no processo penal ou administrativo, por exemplo. Mas significa que, quando se fala de uma leitura constitucional de processo, as garantias processuais constitucionais, mesmo que com outras roupagens, devem estar presentes.

Daí falar em um processo civil antimoderno, que ultrapasse um modo de produção do conhecimento a partir de universalizações, de alcance a certezas absolutas diante de demonstrações lógicas (o que marcou a fase do liberalismo processual). Um processo também capaz de romper com a lógica moderna da supervalorização da proteção dos direitos de primeira geração, estes relacionados às liberdades individuais, à propriedade, à posse etc. Não se trata de renunciar

a proteção processual desses direitos, mas reconduzir o olhar para os direitos de índole coletiva e difusa, que merecem um tratamento diferenciado pelo processo civil no século XXI.

Isso pressupõe uma reconstrução do processo interpretativo no ambiente processual. É aí que a hermenêutica (aqui filosófica, que não é método³, tampouco instrumento de interpretação; é modo-de-ser-no-mundo) assume um papel de extrema importância no discurso jurídico e, para este estudo, no direito processual civil, dada a valorização (dependente da necessidade de compreensão, pela linguagem) da Constituição. Suas influências no Direito revelam-se pela tentativa de libertação do pensamento jurídico apegado ao paradigma da filosofia da consciência, de cariz cartesiano.

Na pretensão de romper com a perspectiva filosófica presente na hermenêutica clássica, a hermenêutica filosófica vem a superar o paradigma metafísico-positivista, fazendo-o a partir das noções de círculo hermenêutico e diferença ontológica, vetores da ontologia fundamental de Martin Heidegger (1889-1976), que abordou a atividade humana em sua relação com o mundo, e de Hans-Georg Gadamer (1900-2002) e de sua hermenêutica da faticidade, que legou o sustentáculo filosófico sobre a utilização da linguagem como condição de possibilidade interpretativa.

É importante que se diga que a hermenêutica filosófica, quando recepcionada pelo Direito (o que ainda é um lento processo), tem a missão, por meio dos referidos vetores, de superar a metodologia da plenipotenciariade das regras e do modo de aplicação legal-reprodutivo, afinal de contas a atividade compreensiva, que diz respeito às condições prévias de quem interpreta (Heidegger), está em constante movimentação. A ideia está em construir uma jurisdição processual que, ao invés de se amparar em fórmulas de precisão ou de sobrelevar o perfil individualista presente nos códigos modernos, seja eficiente em contribuir com os anseios populares de um Estado Democrático de Direito.

Para se falar de uma leitura constitucional de processo, e também para que seja possível trabalhar com democratização e sumarização processual em simbiose, é preciso antes compreender que o perfil de uma hermenêutica crítica, de cariz filosófico, quando recepcionada pelo direito processual civil, certamente auxiliará na superação do objetivismo, travestido pela metodologia

³ O que se deve à contundente crítica de Gadamer ao método cartesiano, segundo o qual o uso metódico e disciplinar da razão seria por si só suficiente para a proteção, pelo homem, do erro (Gadamer, 1997, p. 36-38).

da ordinariedade, da plenariedade, bem como da plenipotenciariade das regras e do modo de aplicação legal-reprodutivo no processo civil, local (ainda) habitado pelo juiz solipsista e sua consciência. Isso porque, principalmente com Heidegger, é possível constatar que a atividade compreensiva está em constante movimentação, em um constante reprojeter, pensamento que, quando transposto ao direito processual civil, leva à instituição da necessidade em se buscar uma jurisdição processual capaz de libertar-se de universalidades, generalizações e verdades eternas ou absolutas.

Considerando a leitura constitucional do processo aqui defendida, a importância do papel dos princípios constitucionais e o necessário imbricamento, principalmente para os direitos de terceira geração, entre democratização e sumarização processual, a ideia é *romper com a teorização do direito processual civil*, fator determinante na relação entre interpretação e método, o que década após década, fator já denunciado pelo brilhante processualista gaúcho Ovídio Baptista, vem afastando a cognição processual civil dos juízos de “aparência”, incompatíveis, a seu modo, com a trajetória de qualquer metodologia. Está-se a tratar de um fenômeno determinante, por exemplo, para que o processo cautelar sempre dependesse de um processo principal (definitivo), para que a antecipação de tutela fosse jogada no interior do processo de conhecimento (principal). Todos eles mecanismos que, a seu modo, não lidam com a certeza (que, dada à influência racionalista, somente pode advir do método, que em processo se manifesta pelo *iter* fase a fase, pela cognição exauriente etc.). Ao contrário, trabalham com o provável, com o verossímil, necessitando, por isso, de um processo outro que lhe confirme, ao final.

Esse é o ideário que integra a obra de Enrico Allorio, Adolf Wach, Ugo Rocco, Pedro Aragonese Alonso, Enrique Véscovi e, no Brasil, principalmente com Benedito Hespânia, para quem a interpretação jurídica é a alma da observância e da aplicação do Direito, razão pela qual quem o observa e o aplica deve descobrir o sentido e a compreensão das normas jurídicas, o que faz da interpretação um pensamento racional que conduz à escolha livre de seu próprio direito, justificando por que o homem precisa “interpretar bem” o preceito jurídico (1986, p. 757-758).

Toda essa lógica científica a que o direito processual civil está embebido, umbilicalmente relacionada a uma técnica processual enquanto técnica interpretativa, acabaria, por razões também metodológicas, a ignorar que a compreensão do substrato fático em processo civil depende da inserção do intérprete (juiz) na situação hermenêutica, sem o que o ente (fato/direito) não

existirá. Ele necessita estar junto ao ser, o que pressupõe a linguagem como abertura e como condição de possibilidade. Isso vem da filosofia heideggeriana, para quem as condições do processo interpretativo têm a linguagem como meio de acesso ao mundo, tese que fará com que o filósofo desenvolva sua fenomenologia hermenêutica. A linguagem, nesse pensamento, é constituidora do saber, do modo-de-ser-no-mundo⁴.

Na intenção, portanto, de pensar o processo civil para além do esquema sujeito-objeto, aproximando juiz, partes, comunidade etc. (expressões da democratização processual), aliado ao objetivo de compreender o sistema processual de forma assemelhante a um método (expressão da sumarização processual), mas sim diante de novos ambientes de satisfação dos direitos fundamentais, principalmente os de terceira geração, e considerando as bases da hermenêutica aqui investigada, é imperioso questionar: como superar a sacralização do rito ordinário e sua obsessão pelo encontro de verdades absolutas? Como ultrapassar uma concepção que há séculos desloca o processo para o âmbito dos “instrumentos”, das “ferramentas” à disposição do magistrado e seu subjetivismo? É possível, mesmo ante todas essas indagações, alcançar respostas corretas em processo civil?

No plano da teoria do Direito, Dworkin já questionou sobre a possibilidade da existência de respostas corretas principalmente diante de casos controversos. Segundo o jusfilósofo norte-americano, é possível falar em respostas corretas em Direito dependendo de *como* se compreende a afirmação de que uma proposição em Direito é bem fundada, se faz parte da melhor justificativa que se pode oferecer para o conjunto de proposições jurídicas tidas como estabelecidas (2005, p. 213).

No âmbito do direito processual civil, essa questão também assume uma posição de destaque, principalmente porque quando se está a tratar de processo também se está a tratar de *como* as decisões devem ser tomadas. Essa é uma preocupação flagrante em praticamente todo o legado de Ovídio Baptista, que sempre viu na necessidade de fundamentação das decisões uma (constitucional) exigência dos sistemas políticos contemporâneos em ampliar as bases de um regime democrático participativo, fator também justificável pela necessária superação de uma formação jurídica dogmática em que o direito acabou sendo seduzido pelos princípios epistemológicos das ciências naturais e matemáticas.

⁴ Para um maior aprofundamento sobre o tema, consultar Isaia, 2012.

O processo civil, para o saudoso professor, deveria ser pensado como uma realidade inconclusa; uma realidade a ser instituída pelo ato jurisdicional que o encerra, já que se está sempre em presença de uma partícula da história humana, o que leva ao problema das decisões a uma necessidade: o dever de serem suficientemente razoáveis, resultantes, quase sempre, de um compromisso difícil entre valores, às vezes inconciliáveis, cuja coexistência lhe cabe organizar. Isso justifica por que Ovídio Baptista sustentou uma compreensão hermenêutica do direito processual civil, o que impõe pensar o processo, a lei, o fato etc., no respectivo contexto histórico e político.

Daí falar-se na possibilidade (necessidade) do encontro de respostas corretas no ambiente processual, o que para este trabalho pressupõe a afirmação de um modelo de processo democrático-sumarizado, principalmente quando confrontado com a realidade de uma sociedade em rede. É isso que se propõe investigar no capítulo seguinte.

2 A BUSCA POR RESPOSTAS CORRETAS E O MODELO DEMOCRÁTICO-SUMARIZADO DE PROCESSO

Pelo que se pôde perceber das linhas anteriores, é possível dizer que as respostas corretas no âmbito do direito processual encontram-se com a própria fundamentação das decisões, o que impõe, para uma compreensão hermenêutica do processo, a inserção do intérprete no contexto da controvérsia na busca pela significação do fato submetido à apreciação da jurisdição processual. Isso lembra Heidegger, para quem somente há ser quando se der a compreensão do ser; somente há ser quando há ser-aí, o que pressupõe o lugar ocupado pelo magistrado na relação processual e sua consciência da história efetual.

Com Heidegger é possível sustentar (tal qual Lenio Streck, em *Verdade e Consenso*) que o encontro de respostas corretas passa a ser uma necessidade, devendo passar pelo reforço do *locus* da situação concreta processual (em que o ser é compreendido pelo ser-aí), o que leva a uma revalorização da jurisdição de primeiro grau em um trabalho de simbiose entre democratização e sumarização. Assim se aproximam partes, juiz, sociedade etc., para fazer valer a Constituição.

A questão está em que definitivamente é impossível encontrar respostas corretas em processo civil sem que o fato concreto e o direito material-constitucional sejam evidentemente levados em consideração. O contrário seria (o que vem infelizmente ocorrendo desde Oskar Von Bulow) sobrelevar o procedimento, a ritualização, que, por ser fundamentalmente um método, é

o que vem justificando o cometimento de decisionismos judiciais, haja vista a própria deficiência fundamentativa com que comumente se revestem as decisões, fruto do distanciamento entre sujeito e coisa, produto da ordinariedade. Claro: “a” resposta correta no ambiente processual não pode depender diretamente do procedimento. Esta, aliás, foi a principal crítica que Lenio Streck, no plano da teoria do Direito, estendeu a Habermas e à sua teoria do discurso e do agir comunicativo (2007, p. 286).

Ao se visitar a obra de Habermas, principalmente na terceira fase habermasiana, é possível concluir que realmente não há condições em se sustentar a tese da busca de respostas corretas (aplicada ao processo civil) por meio da teoria discursiva do Direito. No livro *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, ainda que Habermas nele demonstre uma proposta adstrita à filosofia da linguagem, um rompante à metafísica clássica, irá sustentar que a questão da interpretação encontra-se diretamente vinculada ao método procedimental, o que garantiria a própria legitimidade do ato interpretativo (1997, p. 181).

Em sentido contrário, para este estudo, o encontro “da” resposta correta em processo guarda relação com a hermenêutica filosófica, uma vez que não há método para se chegar a ela, mas sim a condição de ser-no-mundo em que se localiza e age o intérprete, o que pressupõe a pré-compreensão da Constituição e do plano fático que se apresenta à jurisdição processual, até mesmo porque a compreensão, principalmente com Heidegger, é um “ver entorno”, e na fundamentação reside o “ter prévio”.

Não se trata de um processo de extração de sentido do fato (do caso concreto), um produto da ordinariedade, mas um processo de significação do fato (que também é desvelamento, *aletheia*), que justamente por ser um fato é também uma categoria hermenêutica que pode se transfigurar no curso do tempo. Esse processo de significação (desvelamento) do fato não pode ocorrer em um isolamento de sentido, devendo ser direta e umbilicalmente relacionado ao sistema jurídico, principalmente o constitucional, que não é um elemento separado do intérprete, mas que faz parte (deve fazer) de seu existencial, sob pena dele renunciar ao Estado Democrático de Direito. Tudo isso, evidentemente, está relacionado a uma situação concreta e a sua inserção pelo intérprete; à sua faticidade e historicidade.

Dito de outro modo: para esta pesquisa, os sentidos dados aos fatos, quando levados ao conhecimento da jurisdição processual, são atribuídos a partir da faticidade em que está inserido o intérprete (o ser-aí), não a partir de

conceitualizações ou rotulações. Uma significação que já é aplicação, e que assim não renuncia a singularidade. *O fato levado ao plano do processo civil não é um dado objetivo, algo separado do intérprete, distante da circularidade hermenêutica.*

O acesso ao fato e ao processo de atribuição de sentido só se dá quando o intérprete nele mergulha (eis a hermenêutica do ser-aí, a compreensão do ser-no-mundo), o que gadamerianamente falando encontra lugar na antecipação de sentido (pré-compreensão) e na circularidade hermenêutica (inserção na situação hermenêutica). O que deve ficar claro é que em nenhum momento se deve confundir a necessidade, no plano do processo, do encontro “da” resposta correta, com a clássica visão de processo enquanto instrumento desvelador de verdades eternas ou absolutas. Ainda que a relação entre processo, verdade e verossimilhança mereça um tratamento especial, é possível referir que hermeneuticamente (no cariz filosófico) só é possível falar em verdades no sentido ontológico, ligados à possibilidade de elaborar juízos legítimos, *dependentes da pré-compreensão do intérprete.*

Dessa forma, é possível falar em resposta correta em processo enquanto resposta hermeneuticamente correta, que poderá ser verdadeira se por verdadeiro der-se a possibilidade do ser-aí (o intérprete da norma, o juiz) apropriar-se de pré-juízos autênticos no instante de sua aproximação com o plano fático (daquele caso) e com a Constituição, considerando que a verdade em processo é sempre uma verdade hermenêutica sujeita às condições de temporalidade e compreensão, e que, portanto, almeja uma atuação jurisdicional para além do solipsismo.

Essa resposta hermeneuticamente correta em processo encontra neste trabalho a aproximação a um repensar da atividade processual sob o viés do perfil hermenêutico-filosófico. A condição de possibilidade está em afinar o processo civil com locais de sumarização processual, democraticamente preparados ao enfrentamento de uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos direitos fundamentais. E mais: de um processo civil relacionado a um Judiciário difundido, que aprenda a reconhecer as diferenças por meio de um poder compartilhado por todos os sujeitos que atuam no processo, contrapondo-se ao modelo metafísico-objetificante presente no rito fase a fase ordinário em prol de uma nova concepção de jurisdição processual difundida democrático-substancialista, aberta aos impulsos jurisprudenciais e aos clamores da sociedade para ultrapassar o formalismo processual e cumprir a Constituição, tendo-a como limite de atuação.

Uma abertura que a própria constitucionalização exige diante do resultado da história e da cultura. Um processo pluralista em que os segmentos da sociedade terão participação ativa na construção do ato jurisdicional, rompendo com o subjetivismo interpretativo para satisfazer valores democráticos, legitimando a própria atuação da magistratura. Enfim, um novo agir processual sumário que atenda liminarmente (mas democraticamente) as pretensões de direito material-constitucional; que compreenda o processo enquanto fenômeno, deixando visualizar sua fenomenologia enquanto condição para o desvelamento e que pressuponha a necessidade de impedir que o intérprete do caso não se desligue do mesmo pela sequência fase-a-fase do procedimento ordinário.

Se, como diz Alexis de Tocqueville, “não há revoluções que não devolvam antigas crenças, debilitem a autoridade e obscureçam as ideias comuns, já que toda revolução tem mais ou menos como efeito entregar os homens a si mesmos e abrir diante do espírito de cada um deles um espaço vazio e quase ilimitado” (2000, p. 07), as questões aqui levantadas fazem com que este estudo sustente, na aproximação do plano fático e no rompante com o processualismo liberal, pensar em formas de descentralização do poder jurisdicional, rumando à construção de um processo democrático, não um processo enquanto estrutura de poder, o que pressupõe uma verdadeira revolução no ambiente processual.

Essa “revolução” condiz com que esses locais processuais de simbiose entre sumarização e democratização atuem de forma compartilhada, não devendo ser fruto da atuação solipsista do magistrado. A democratização processual aqui defendida deve ser encarada como um processo de interações entre o magistrado e os demais interessados na demanda, incluindo-se aí a própria sociedade quando a questão discutida a ela remeter, o que exigirá seu envolvimento na construção da decisão, desvelando uma forma de descentralização do poder.

É chegada a hora de compreender a jurisdição como um agente pulverizador do poder, um órgão produtor de micropoderes, rompendo com a estrutura tripartite em processo civil. Essa perspectiva é incompatível com qualquer sistema de conceitualização jurídica, de rotulações fáticas ou outros processos de fungibilização do plano fático em processo. E também com aquelas falaciosas modalidades de aproximação do Judiciário com a sociedade, em especial quando o Estado-juiz deixa o foro para realizar suas sessões de julgamento frente à comunidade, sem deixar, contudo, que ela participe diretamente na construção da decisão, pensando assim estar legitimando suas convicções.

Nesse ambiente de democratização processual, aquilo que se convencionou “interpretação do fato”, “da lei” etc. deve passar a se denominar, parafraseando Castanheira Neves, de *realização do fato enquanto realização do próprio direito*, o que leva a participação direta das partes e da sociedade, principalmente quando o tema guarda relação aos direitos de ordem coletiva ou difusa sociais-fundamentais. Dessa forma, o fato não é tratado simplesmente a partir do esquema da dedução ou subsunção, mas diante da manifestação de um ato judicativamente decisório mediado pela atividade normativo-democrática, de modo a cumprir em concreto as intenções axiológicas e normativas do direito, em especial o constitucional (2003, p. 11-12).

A abstração do positivismo legalista em processo civil pode assim ceder a uma dimensão concreta do fenômeno da aplicação do Direito, o que tem como condição de possibilidade, como já se teve a oportunidade de aprofundar, o processo de atribuição de sentido pelo intérprete a partir de sua faticidade e de seu modo-de-ser-no-mundo. Desse modo, a democratização do processo nos termos aqui trabalhados terá influência direta na tentativa de aproximar o processo civil à teoria da busca de respostas corretas em Direito, seja porque com ela, fundada no modo prático (e democrático) de ser no mundo, constituir-se-á o existencial da pré-compreensão do intérprete, seja porque essa democratização abrangerá a questão da integridade (dworkiniana) do próprio Direito, compreendendo-o enquanto prática social argumentativa, rejeitando o problema dos juízes em descobrirem-no ou inventarem-no por meio do procedimento.

Tudo isso leva à possibilidade de se falar em uma revolução no direito processual civil, tanto no que se refere à interpretação do fato/lei no ambiente processual quanto no sistema procedimental. O lugar ocupado pelos princípios constitucionais, pela hermenêutica constitucional, pela atividade de desvelamento do direito em cada caso concreto, todos atuando em circularidade com um sistema processual estruturado na simbiose entre democratização e sumarização: *ai está o desafio do processo e da jurisdição no século XXI*.

Ele guarda congruência a uma proposta democratizante do ambiente processual, que cuida da questão da verossimilhança não em posição de antagonismo à verdade processual, mas coadunada a uma verdade possível sujeita às condições de temporalidade e compreensão do intérprete, capaz de produzir uma espécie de segurança jurídica que, ao invés de receber a rotulação de súmulas, enunciados, posicionamentos jurisprudenciais dominantes etc., derive do respeito ao caso concreto submetido à jurisdição processual. O que deve ficar claro é que tudo o que respeita à verossimilhança, à verdade hermenêutica

(verdade possível) ou à probabilidade de um fato em processo civil, o que tem uma relação direta ao modo como ele se apresenta e ao modo como o intérprete está inserido em seu contexto, também guarda relação ao modo como se dá sua fundamentação, sua credibilidade e sua aceitabilidade sobre a base dos elementos de prova disponíveis (aparentes), o que impõe sobrelevar o papel da linguagem.

Se a compreensão hermenêutica pressupõe a inserção do intérprete em uma dada situação hermenêutica, o mesmo pode se dizer em relação à atividade jurisdicional em processo, que também pressupõe uma inserção: um movimento antecipatório da compreensão permeado pelo círculo linguístico hermenêutico, tornando possível uma interpretação contextualizada do próprio fato levado ao conhecimento do magistrado. A prova processual tem muito a dizer nessa construção. Ela é quem afasta a possibilidade de o intérprete (juiz) atribuir qualquer sentido a um fato ou a um preceito jurídico, que ao contrário do sustentado pelo processualismo moderno, não está à sua disposição. Isso porque os sentidos são atribuídos pelo intérprete de acordo com a pré-compreensão da Constituição e com o que o plano fático se lhe mostra no contexto da sumarização, sobrelevando o papel da prova.

Ao se aproximar a hermenêutica filosófica desse *novo* processo civil pensado à satisfação dos direitos fundamentais, é marcante a importância da revalorização de uma *nova* oralidade processual (em que a figura do juiz-instrutor é associada a uma metáfora⁵) notadamente na colheita da prova (entendida como condição de possibilidade para o encontro da significação do fato) e na aproximação (democrática) entre procedimento e caso concreto; não aquela oralidade que caracterizou a fase do socialismo processual, mas uma *nova* oralidade (por meio da figura do juiz-instrutor e sua vinculação ao julgamento do litígio) que, além de se constituir em um veículo de busca por uma maior efetividade ao processo, atue como uma verdadeira blindagem à prática de decisionismos ou discricionariedades (em sentido forte), porquanto, em uma linguagem hermenêutica, viabiliza o debate, a aproximação entre sumarização e democratização, a participação, a abertura à sociedade, a

⁵ Sobre a “metáfora do juiz-instrutor”, consultar Isaia, 2011. Registre-se que a atividade do juiz-instrutor, do juiz “ser-no-processo”, acaba revelando-se uma metáfora, já que consiste na tentativa de sustentar a interligação entre a atividade interpretativa processual e seu resultado, entre sumarização e democratização, entre sumarização e verdade hermenêutica possível, já que o Judiciário, no século XXI, é o guardião dos princípios fundamentais que orientam a vida em sociedade, por meio dos quais a fundamentação das decisões assume um lugar de extrema relevância.

socialização, favorecendo com que a historicidade do ser-aí seja responsável pela intermediação entre juiz e caso concreto, de onde se extrai a segurança jurídica aqui defendida.

Trata-se essencialmente de uma tentativa em libertar o processo civil das amarras do pensamento liberal-individualista-normativista e da filosofia da consciência, já que neles tanto o fato concreto quanto a própria Constituição não receberam a atenção demandada pelo constitucionalismo instituído pelo Estado Democrático de Direito. Isso justifica a preocupação em redesenhar a jurisdição processual, na qual a interpretação do caso concreto se dá juntamente à interpretação da Constituição, em um único movimento, distanciando-se da ideia da reflexão, da introspecção, da reduplicação do mundo na consciência, o que faz lembrar Heidegger, que, em lugar da consciência do sujeito pensante, sustenta uma hermenêutica do ser-aí.

Eis o cerne deste estudo: os desafios da jurisdição processual no século XXI pugnam a que os direitos fundamentais, notadamente os de terceira geração, não mais permaneçam reféns do procedimento do ordinário-plenário e de seus consectários. O rompimento com a *ordinariedade* na proteção/reparação/satisfação (conforme o caso) desses direitos, quando rompida a ideologia da *ordinariedade*, poderia dar azo a um *sistema de fracionamento de demandas*, local em que se daria o encontro entre oralidade, sumarização e democratização processual.

Amparado por uma produção probatória *prima facie* - renunciando verdades eternas e certezas ficcionais - apta a demonstrar, por verossimilhança, o direito material levado a essa nova jurisdição processual, esse sistema de fracionamento de demandas depende da condução de uma filosofia em que a atividade interpretativa seja a-dogmática. Seja forjada diretamente no sangramento do cotidiano processual em busca da satisfação dos direitos fundamentais, em especial os da terceira geração. Funda-se na tentativa de substancialização do direito processual civil, valorizando a Constituição enquanto instrumento vinculante e programático, enquanto base de toda a juridicidade.

O modelo democraticamente sumarizado aqui trabalhado pode eficazmente ultrapassar a clássica separação entre o intérprete (juiz) e o fato concreto (levado à jurisdição), isso a partir de uma atitude interpretativa hermenêutico-ontológica capaz de romper com a objetificação do *iter* processual ordinário a fim de satisfazer (efetivar) a Constituição. Esse novo ambiente

processual guarda condições em atingir autonomia processual e procedimental, já que, além de cortar matérias procrastinatórias, uma das principais contribuições da oralidade, parte do pressuposto de que a causa não pode esperar, razão pela qual, após instaurada, transforma-se em demanda terminal, justamente em acolhimento ao ideário da satisfação/proteção da Constituição. Além disso, não guarda relação de dependência com outro procedimento.

Daí a importância da construção de um esquema de fracionamento de demandas em que seja enfim desvelado o caso concreto em processo, permitindo que a ele, enquanto categoria hermenêutica, ao invés de extraídos (como afirmara Eduardo Couture), sejam os sentidos atribuídos pelo intérprete na construção de uma decisão compartilhada. Um processo que depende do diálogo entre as partes, bem como da participação da sociedade, elementos que tornam possíveis falar na democratização dessa jurisdição processual sumarizada. A questão central é que a primeira parte da demanda ocorra de forma oral, sumarizada e democrática. Na segunda, teria o prejudicado, querendo, a possibilidade de buscar seus interesses pela via da ordinariade e da plenariade, desde que superada a coisa julgada, também lida enquanto conceito hermenêutico.

A decisão construída nesse ambiente processual tem tudo para alcançar o título de resposta (constitucionalmente) correta, já que diretamente permeada pela atenção ao plano fático, pela Constituição, pelo debate e pela participação popular. Uma decisão construída democraticamente em que se aproximem procedimento e substância, e em que as possibilidades de decisionismos (positivista) cederiam à percepção integrativa do direito, à construção de um discurso caracterizado pela produção de justificações transtemporais⁶, exigindo a aplicação do Direito (no processo) de forma coerente com o plano fático e material-constitucional. Não com argumentos de política (que, para Dworkin, descrevem objetivos), mas com argumentos de princípios (constitucionais, evidentemente) que prescrevem direitos (Dworkin, 2005, p. 3-39) e decisões judiciais preexistentes (daí o romance em cadeia de Dworkin, enquanto algo escrito por uma série de romancistas, em que cada um interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo), blindando a possibilidade da emissão de um provimento em conformidade à consciência do julgador.

Essa é uma das condições de possibilidade para se falar na construção de uma decisão em que ao direito se garanta integridade (*integrity*), já que foi ele

⁶ Como, por exemplo, a proteção às gerações futuras nas ações ambientais e nas ações decorrentes de novos direitos de uma sociedade em rede.

criado pela própria comunidade, o que expressa uma concepção coerente de justiça e equidade. Assim respeita a história (e o fato em si), preocupando-se em oferecer um futuro honrado, rechaçando o método subsuntivo-dedutivo na interpretação-aplicação do Direito, guardando relação a um discurso em favor da fidelidade da comunidade política, aos princípios de moralidade política que inspira por meio do tempo o desenvolvimento das suas normas jurídicas, valorizando a continuidade transtemporal e a coerência das justificações jurídicas (Ost, 1999, p. 96).

Isso implica a construção de um provimento de mérito (liminar) em que todas as teses de ação e de defesa sejam enfrentadas pelo magistrado, ainda que deva ocorrer nesse ambiente sumarizado. Sua legitimidade está justamente no dever constitucional de fundamentação e no dever de viabilizar o acesso a uma ordem jurídica principiologicamente coerente, justa, no sentido de expressar uma visão abrangente de justiça, em que o Estado trate a uma só voz todos os seus cidadãos. Além de viabilizar a participação em processo, o que pressupõe o asseguramento da atuação dos contraditores na construção da decisão, principalmente no que tange a problematização do caso concreto por meio de questões de princípio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não são poucos os desafios para a construção de um novo sistema de direito processual civil no século XXI. O processo ainda está aprisionado, e bem aprisionado, à filosofia racionalista e à filosofia da consciência, que ao seu modo o enclausuraram no procedimentalismo e na posição solipsista ocupada pelo juiz diante da condução (“agilidade”) do procedimento, o que vai ser reproduzido no “novo” código de processo civil, assumindo proporções jamais vistas.

Definitivamente, quem mais é atingido por esse fenômeno são os direitos de terceira geração, que dependem de uma tutela diretamente moldada à luz da constitucionalização do processo. Os direitos decorrentes de uma sociedade em rede, os relacionados a um meio ambiente saudável, à biotecnologia, às novas tecnologias etc. Direitos que, evidentemente, não podem receber a lógica da ordinariedade e da plenariedade, que em muito respondem tanto pelo acúmulo de processos nos fóruns judiciais quanto pela má qualidade das decisões, o que se encontra em qualquer âmbito do Poder Judiciário.

A crise do processo é reflexo da crise do próprio Estado, que ainda não conseguiu levar a cabo as promessas constitucionais. Ainda que a jurisdição,

notadamente a partir do segundo pós-guerra, tenha assumido uma função essencial na busca dos direitos abnegados pelo positivismo, o processo civil manteve-se distante dos movimentos políticos, filosóficos e jurídicos verificados a partir do século XX. A (contínua) fixação pelo *ser* do procedimento fez com que o processo não acompanhasse o *ontological turn* (a invasão da filosofia pela linguagem). Uma deficiência que lhe tornou inapto à satisfação dos direitos fundamentais.

Uma possível superação desse paradigma deve levar em conta a questão da linguagem em processo. Isso porque é nela que o fato concreto se desvelará. Contudo, as raízes da metafísica relegaram a linguagem a um segundo plano, o que inegavelmente traria reflexos tanto ao Direito quanto ao processo civil. A representação metafísica analisa e assim representa apenas o ente sob o ponto de vista do ente, que aparece na luz do ser. O ser não é pensado em sua essência desveladora, em sua verdade.

Esse processo de adequação do olhar ao objeto (concepção central da metafísica), buscando desvendar a essência das coisas, local em que a verdade é caracterizada pela correspondência entre o intelecto e a coisa visada, e também em que a linguagem é apenas um instrumento que transporta a essência das coisas ou conceitos em-si-mesmos verdadeiros, somente seria transformado nos séculos XIX e XX com a viragem linguística da filosofia, o que o processo civil não acompanhou. Isso justifica, por exemplo, a forma como são utilizadas as súmulas e os enunciados jurisprudenciais no âmbito das decisões judiciais.

Muito disso acaba desvelando uma insuficiência fundamentativa nas decisões tomadas no campo do processo civil, o que se verifica, no mais das vezes, quando a resposta a um caso (que é sempre novo) que se apresenta à jurisdição processual não foi produto da inserção do intérprete final (juiz) naquela situação hermenêutica (o que leva a concluir que ali houve qualquer coisa que não *interpretação*, que não *resposta correta*), deixando por isso de atribuir sentido ao mesmo caso, desconsiderando a relação de dependência entre interpretação e antecipação de sentido (o que só é viabilizado pela linguagem), sua condição de possibilidade.

Esse quadro, para a presente pesquisa, em um movimento de rompimento com a perspectiva liberal de processo e com a filosofia da consciência, esta no âmbito das decisões judiciais, pode ser alterado com a instituição de novos locais de proteção/satisfação dos direitos fundamentais. A condição de possibilidade está em afinar o processo civil com ambientes de sumarização processual e

procedimental-material, democraticamente construídos ao enfrentamento de uma complexidade e contingência sociais que revelam a necessidade do desvelamento do ser dos entes dos *novos direitos*. Está-se a trabalhar com a sumarização de demandas, incompatíveis com a obtenção de verdades absolutas como desejou (e deseja) o liberalismo processual. É nesse ambiente processual que a verossimilhança guarda uma relação de harmonia com as novas realidades sociais, que não podem permanecer reféns, na defesa de seus interesses, do mortificante procedimento ordinário, indiferente à problematidade do Direito, afastando-se do caso concreto.

Trabalhar com a verossimilhança em processo é sobrelevar o papel da linguagem. Por isso, para este trabalho, a linguagem não é tratada como o fez a metafísica, sendo um produto de adequação do olhar ao objeto buscando desvendar a essência dos fatos no processo de correspondência entre o intelecto e a coisa visada, o que definitivamente parece ser a carapuça que envolve a ritualização ordinária, principalmente na defesa e proteção dos direitos fundamentais de terceira geração.

A relação entre verossimilhança e linguagem é uma relação que, ao aproximar o julgador do direito material levado à jurisdição processual, tem todas as condições de auxiliar no processo de compreensão do caso, na medida em que a linguagem aproxima juiz e partes, procedimento e fato concreto. Isso tudo porque quando se está a trabalhar com os temas *linguagem* e *processo* está a se trabalhar simultaneamente com o processo de atribuição de sentido pelo magistrado, não de extração, tratado este como um dos pressupostos de base do rito ordinário, dado o afastamento proporcionado entre o intérprete e o caso concreto, que acaba sendo rotulado.

Interessa, portanto, submeter os direitos fundamentais de terceira geração a um sistema de fracionamento de demandas, a fim de que o direito constitucional levado à jurisdição processual seja eficazmente satisfeito. A questão central é que a primeira parte da demanda ocorra de forma oral, sumarizada e democrática. Na segunda, poderá o prejudicado buscar seus interesses pela via da ordinary e da plenariedade, desde que superada a coisa julgada.

No seio dessa proposta, o contraditório é trabalhado de forma diferenciada, já que tanto a defesa quanto o debate em relação aos pontos centrais da causa, bem como o julgamento da demanda, devem dar-se na audiência liminar, que é única nesse local de proteção constitucional. Nela, portanto, se concentram o exercício do contraditório entre as partes, o debate sobre as teses da ação e

da defesa, o debate sobre a prova *prima facie* e a participação de integrantes da sociedade interessada, ultrapassando a visão liberal que vê o processo como instrumento entre juiz, autor e réu. Isso é capaz de gerar a construção de uma decisão sob os pilares da aparência, uma decisão participada (democratizada), com a efetiva contribuição de todos os envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoría general e historia del proceso*. México: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, t. I, 1974.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis *et al.* A jurisprudencialização da Constituição. A construção jurisdicional do Estado Democrático de Direito. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1999.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia do iluminismo*. Trad. Álvaro Cabral. Campinas: Unicamp, 1992.

CASTANHEIRA NEVES, António. *O atual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra: Coimbra, 2003.

CHIOVENDA, Giuseppe. Procedimento Oral. Trad. Osvaldo Magon. In: *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

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

_____. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. *O Poder Judiciário e(m) crise*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GADAMER, Hans-Georg. *El problema de la conciencia histórica*. Tradução para o espanhol de Agustín Domingo Moratalla. 2. ed. Madri: Tecnos, 2000.

_____. *Verdade e método*. Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/Rio de Janeiro: Vozes, 1997.

GUIMARÃES, Luis Machado. O processo oral e o processo escrito. In: *Processo Oral*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1940.

GRESTA, Roberta Maia. *Segurança jurídica*: o edifício de ponta-cabeça arquitetado na exposição de motivos do projeto do novo código de processo civil brasileiro. In: STAFFEN, Márcio Ricardo; MACEDO, Elaine Harzheim (Org.). *Jurisdição e processo*: tributo ao constitucionalismo. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia*: entre faticidade e validade. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. I, 1997.

HESPANHA, Benedito. *Tratado de teoria do processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

ISAIA, Cristiano Becker. *Processo civil e hermenêutica*: a crise do procedimento ordinário e o redesenhar da jurisdição processual civil pela sentença (democrática) liminar de mérito. Juruá: 2012.

_____. *Processo civil, atuação judicial e hermenêutica filosófica*: a metáfora do juiz instrutor na busca por respostas corretas em processo. Curitiba: Juruá, 2011.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processo jurisdicional democrático*. Curitiba: Juruá, 2009.

_____; BAHIA, Alexandre; CÂMARA, Bernardo Ribeiro; SOARES, Carlos Henrique. *Curso de direito processual civil*: fundamentação e aplicação. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OST, François. Contar a lei. Júpiter, Hércules e Hermes: tres modelos de juez. In: *Doxa*: cuadernos de Filosofia del Derecho, n. 14, Alicante, 1993.

_____. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*: uma nova visão crítica do Direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Verdade e Consenso*. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas: da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Sentimentos e opiniões: de uma profusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FRAUDE À LEI¹

CIRCUMVENTION OF THE LAW

Edilson Pereira Nobre Júnior²

Desembargador do Tribunal Regional Federal da 5ª Região

RESUMO: Este artigo objetiva analisar o instituto da fraude à lei, discorrendo não somente sobre os seus aspectos gerais, mas principalmente quanto à sua previsão pelo sistema jurídico brasileiro, seus efeitos e campo de aplicação.

PALAVRAS-CHAVE: Fraude à lei; Código Civil; efeitos; aplicação.

ABSTRACT: *This article aims to analyze the institute of the circumvention of the law, discoursing not only about the general aspects, but mainly regarding to its prediction by the brazilian legal system, as well as its effects and field of application.*

1 DELIMITANDO O PROPÓSITO DO TRABALHO

Uma consequência da viragem pós-modernista que grassou em uma

KEYWORDS: *Circumvention of the law; Civil Code; effects; application.*

SUMÁRIO: 1 Delimitando o propósito do trabalho; 2 Fraude à lei: aspectos gerais; 3 A acolhida pelos sistemas jurídicos; 4 O direito pátrio; 5 Efeitos e âmbito de aplicação; 6 Uma síntese conclusiva; Referências.

SUMMARY: *1 Defining the purpose of the work; 2 Circumvention of the Law: general aspects; 3 The reception by the legal systems; 4 National law; 5 Effects and fields of application; 6 A conclusive synthesis; References.*

enormidade de sistemas jurídicos, a partir da segunda metade do século passado, foi a aceitação, ao lado das regras, caracterizadas pela descrição de um antecedente ou condição de aplicação e de um consequente ou

¹ Ainda conservando ineditismo, eis escrito que se propõe condensar, com alterações de pormenor, exposição realizada, no dia 22 de maio de 2014, pelo seu autor durante o VII Congresso Pernambucano de Direito Civil, o qual, patrocinado pela Escola Superior de Advocacia Professor Rui Antunes, teve seu desenvolvimento na cidade de Recife (PE), sob a coordenação do Professor Venceslau Tavares.

² Professor da Universidade Federal de Pernambuco – Faculdade de Direito do Recife, instituição na qual cursou mestrado e doutoramento em direito público. Segundo ocupante da Cadeira Dezesseis da Academia de Letras Jurídicas do Rio Grande do Norte.

solução normativa, da existência, com qualidade vinculante, de outra espécie de normas, quais sejam, os princípios. Estes, por sua vez, informam a elaboração das regras, servindo-lhes de justificativa.

Portanto, não foi à toa que, embora ainda aludindo à expressão “princípios gerais do Direito”, Federico de Castro y Bravo³ nestes compreendia todo o conjunto normativo não formulado, ou seja, não imposto à comunidade por lei ou pelo costume, a conferir-lhe, desse modo, o significado de ideias fundamentais e informadoras da ordem jurídica, justamente por ser o componente informador das normas escritas.

Os princípios, no que concernem à sua localização dentro do conjunto do instrumental jurídico, passaram a constar, quando se confundem com direitos fundamentais ou diretrizes políticas, do texto das constituições – de forma expressa, ou resultantes de sua extração implícita mediante interpretação –, as quais, com a tendência do reconhecimento do seu caráter normativo, transformaram-se no centro de gravidade dos ordenamentos.

Isso não afastou, por completo, o papel que a respeito constituía nota tradicional das codificações civis, tendo em vista não somente a antiguidade do direito civil, principalmente perante os ramos do direito público, de sistematização recente, mas, por igual, em face da tendência à completude formal a que se preordenaram aquelas⁴.

Interessante observar, então, que, em oposição à atuação conforme com a ordem jurídica, tem-se a figura do ilícito, consistente em um ato ou comportamento contrário a uma norma que imponha deveres ou proibições.

³ BRAVO, Federico de Castro y. *Derecho civil de España*. Madri: Editorial Civitas, 1991. p. 419-420. Interessante a transcrição da passagem seguinte: “A eficácia dos princípios gerais é muito maior do que a de uma norma subsidiária. É fundamental para o Direito positivo em cada um dos seus aspectos: constituem a base das normas jurídicas legais e consuetudinárias, oferecem os meios com que interpretá-las e são, enfim, o recurso sempre utilizável à falta de normas formuladas” (*La eficacia de los principios generales es muy a la una norma subsidiaria. Es fundamental para el Derecho positivo en cada uno de seus aspectos: constituyen la base de las normas jurídicas legales y consuetudinarias, ofrecen los medios con que interpretarlas y son, en fin, el recurso siempre utilizable en defecto de normas formuladas*. (Idem, p. 420)).

⁴ Mais recentemente, mesmo quando os códigos civis abandonaram a disciplina da matéria integrante do direito público, o direito civil persistiu como sendo o direito comum da órbita jurídica privada. E não é só. Também se reconhece ao direito civil – afirma Pedro Pais de Vasconcelos (*Teoria geral do direito civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 10) – não somente a condição de direito privado comum, mas, igualmente, a pertinência da disciplina das realidades extrajurídicas e pré-jurídicas sem as quais o próprio Direito não existia e que constituem o seu fundamento ôntico e ético. Assim, os institutos que se inserem no âmbito da teoria geral do Direito encontram regulação, quase sempre, no texto dos códigos civis.

Nesse universo, qual seja o dos ilícitos, Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero⁵ frisam a existência de bipartição, segundo a qual aqueles podem ser típicos ou atípicos. A distinção está no fato de que os primeiros, os ilícitos típicos, são caracterizados por condutas contrárias a regras, enquanto que os segundos, por posturas capazes de contrair a princípios.

A partir dessa consideração, o objetivo desta abordagem é o de examinar, dentro das fronteiras dos ilícitos atípicos, aquilo que, na experiência jurídica, optou-se por denominar de fraude à lei. Será de interesse, entre alguns aspectos, o conhecimento da sua definição, dos requisitos para a sua configuração, a sua positivação nos ordenamentos, a sua amplitude, bem assim as sanções que acarreta.

2 FRAUDE À LEI: ASPECTOS GERAIS

O instituto da fraude à lei se particulariza em face da circunstância consoante a qual o aplicador da ordem jurídica há de observar, na sua atividade, as balizas acordes com os fins e valores que alberga a regra jurídica a ser aplicada.

Não se cuida de ofensa a uma regra jurídica, mas sim a um princípio que fornece conteúdo e sentido a um dispositivo legal.

Com a fraude à lei se tem a violação de uma regra jurídica, mas tal ocorre de maneira indireta, ou seja, obliquamente.

Para a configuração da fraude à lei, faz-se indispensável, inicialmente, que alguém realize um ato invocando o amparo de determinada norma, chamada lei de cobertura. A particularidade está em que, ao assim agir, labora o sujeito de direito com o propósito de concretizar um fim ou escopo vedado por outra norma legal, sendo esta de colorido imperativo.

Com isso, forçoso se recordar que as regras legais, de uma forma geral, bipartem-se em imperativas e em dispositivas. As primeiras, integrantes da província que denominamos de *jus cogens*, vinculando às suas preceituações as partes envolvidas, as quais não podem de sua incidência se afastar voluntariamente.

A propósito, San Tiago Dantas⁶ deixou claro que referida dualidade tem como critério definidor a presença, na situação regulada, de um interesse geral, que ultrapassa o das partes. Por isso, esclarece que toda vez quando o legislador

⁵ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006. p. 25-27.

⁶ DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 45.

enunciar um preceito que é imposto à conduta dos particulares em virtude de um interesse geral, tem-se que a norma é imperativa. Diversamente, quando se está diante de uma norma de conduta voltada a atender unicamente ao interesse das partes, aquela é de natureza dispositiva. Em reforço, aduz que a presença de normas dispositivas pode suceder em dois casos, mais precisamente quando o preceito normativo: a) possuir um fim interpretativo; b) ostentar finalidade supletiva.

Daí se vê, portanto, que somente uma regra cogente pode ser objeto de uma fraude à lei, uma vez aquelas pertencentes ao direito dispositivo, por estarem submetidas à autonomia privada, podem ter os seus comandos afastados pela atuação das partes interessadas.

Ideia semelhante à até aqui exposta se encontra em Atienza e Ruiz Manero⁷, para quem os atos perpetrados com fraude à lei se acham, à primeira vista, permitidos. No entanto, uma vez consideradas todas as circunstâncias envolvidas, assomam como proibidas em virtude da atuação dos princípios que informam e delimitam o alcance da regra em causa.

Para tanto, os autores apontam a caracterização do instituto quando se tem uma norma que permite alguém a praticar uma conduta, mas que, contrariamente, o sujeito de direito patrocina a produção de resultado que, diante de um estado de coisas, e de acordo com a ponderação dos princípios que lhe são justificadores, acarreta um dano injustificado ou prejuízo indevido.

Tal se impõe – dizem – porque, na aplicação da lei, se tem como exigível que sejam levados em consideração quais os fins e valores a satisfazer, de modo que a razão de ser do instituto está na exigência de coerência do sistema jurídico e, por isso, não se pode admitir como lícita a prática de ato, autorizado por uma regra, quando, na situação fática, tal vier a permitir que se viole princípio tido como informador de uma regra imperativa.

Ao contrário do que é possível imaginar, a fraude à lei se distancia da simulação, seja esta absoluta ou relativa. Isso porque, na simulação, há um descompasso entre a vontade real e a declarada. Por sua vez, na fraude à lei, ao se praticar o ato em tese permitido, as partes pretendem os efeitos deste, embora tenham, para esse fim, burlado a incidência de uma norma injuntiva.

⁷ ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. Op. cit., p. 67-78.

Assim o é na percepção de Umberto Morello⁸, ao dizer que o negócio em fraude à lei é querido, efetivo, contrariamente ao simulado, o qual é almejado apenas de forma aparente, e que, por isso, presente a simulação, ter-se-á necessariamente um negócio diretamente ilícito.

Idêntico entendimento é partilhado por José de Oliveira Ascensão, segundo o qual, na fraude à lei, é praticado “um acto e querem-se os efeitos desse acto (por isso não há simulação)”⁹.

Nesse ponto, não há integral concordância. Díez-Picazo e Antonio Gullón¹⁰ expõem que, na maioria das ocasiões onde evidenciada a fraude à lei, ter-se-á uma simulação negocial, na qual as partes realizam negócio jurídico que é querido apenas aparentemente, ou como disfarce da realidade, sendo, assim, a distinção entre ambas difícil e complicada de se descortinar.

Assim sucede com o exemplo que parece ser comum à doutrina hispânica, qual seja o daquela situação fática na qual alguém, ao tomar um empréstimo a outrem, convencionou com este a venda de um bem, com pacto adjeto de retrovenda, de modo a que, posteriormente, possa reaver o bem caso venha a quitar o preço, o qual coincide com a importância do empréstimo. Expirado o prazo para o exercício do direito de retrato, o comprador-mutuante consolida em seu favor o domínio do bem, evadindo-se, com tal expediente, à vedação constante dos arts. 1.858 e 1.884 do Código Civil¹¹.

A questão não passou despercebida pela doutrina pátria. A ela se referiu Serpa Lopes, a pretexto de investigar se o prazo para a invalidação da venda

⁸ MORELLO, Umberto. *Digesto delle discipline privatistiche - Sezione civile*. Coord. Rodolfo Sacco. Turim: UTET, v. VIII, 1998. p. 506.

⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil - Teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, v. II, 2003. p. 323.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madri: Tecnos, v. I, 1998. p. 114.

¹¹ Os dispositivos possuem o teor que segue: “Art. 1.854. É também da essência dos contratos que, vencida a obrigação principal, podem ser alienadas as coisas nas quais consiste o penhor ou a hipoteca, para o fim de pagar o credor (*Artículo 1854. Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*). [...] Art. 1.884. O credor não adquire a propriedade do imóvel pela falta do pagamento da dívida dentro do prazo convencionado. Todo ajuste em contrário será nulo. Porém, o credor poderá pedir, na forma prevista no Código de Processo Civil, o pagamento da dívida ou a venda do imóvel (*Artículo 1884. El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble*)” (Disponível em: www.alicante.es. Acesso em: 15 maio 2014).

de ascendente a descendente, coibida pelo art. 1.132 do Código Civil revogado (atual art. 496, *caput*), seria de quatro anos, na forma do art. 178, § 9º, V, *b*, ou de vinte anos, referido pelo art. 177 do mesmo diploma. A conclusão foi a de que a simulação pode ser o veículo propiciador da fraude à lei e, em assim sucedendo, esta seria absorvida por aquela. A consequência foi a que implicou prevalência do prazo maior, justamente porque haveria aí nulidade, ao contrário do que sucederia caso prevalecesse a simulação como figura autônoma, inconfundível com a fraude à lei, porquanto esta era considerada como hipótese de anulabilidade¹².

3 A ACOLHIDA PELOS SISTEMAS JURÍDICOS

A formulação do instituto da fraude à lei não é recente. Recua ao Direito romano, mais precisamente aos albores da República, sendo designado, conforme noticia Max Kaser¹³, por *fraus legi facta*, e correspondente ao comportamento que, embora respeitando a letra da lei, violava o seu espírito. O seu repúdio, não encontrando previsão expressa, deveria se manifestar pela interpretação extensiva da lei proibitiva.

Antes, no período Pré-Clássico, tal preocupação não era sentida. É que – preciso recordar – o Direito romano, àquela época, por ser bastante formalístico, vislumbrava a obediência da ordem jurídica, apenas e tão só, na coincidência da conduta das partes à forma exigível para o ato que se praticava.

Na Itália, durante a fase da terceira codificação, o Código Civil de 1942 adotou a fraude à lei em seu art. 1.344, relativo à disciplina contratual, nos termos, a saber: “Também se considera ilícita a causa quando o contrato constitui o meio para frustrar a aplicação de uma norma imperativa”¹⁴.

¹² Uma síntese do ponto de vista do autor é digna de transcrição: “Consequentemente, toda vez que a simulação atue como um meio fraudatário à lei, visando à vulneração de uma norma cogente, deve desaparecer para dar lugar à preponderância da fraude à lei, pela violação da norma de ordem pública. Por outro lado, quando não ocorrer essa hipótese, quando o ato dissimulado não atentar contra uma norma pública, devem preponderar os princípios inerentes à simulação” (LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 1988. p. 405).

¹³ KASER, Max. *Direito privado moderno*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 82.

¹⁴ “*Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.*” (Disponível em: www.jus.unitn.it. Acesso em: 15 maio 2014)

Segundo Umberto Morello¹⁵, a problemática da fraude à lei alcança interesse quando proibições e limites postos à autonomia privada, não sendo violados diretamente, são, ao contrário, iludidos mediante acordos ou procedimentos articulados de modo a respeitar a letra da lei.

A concretização de dita fórmula – diz o autor – opera-se com orientações diversas, sendo a primeira delas a definida como objetiva, para qual é bastante que as partes obtenham, mediante o negócio que venham a praticar, o resultado que é proibido pela norma imperativa.

Em outro passo, na concepção subjetiva, o negócio é tido como perpetrado em fraude à lei e, portanto, ilícito, quando satisfeitas duas condições, a saber: a) o negócio deve perseguir uma finalidade idêntica, ou semelhante, àquela vedada; b) deve se encontrar presente a intenção da parte de defraudar ou iludir a lei imperativa.

Alude ainda a uma terceira corrente, a qual sustenta que nas hipóteses apresentadas como casos de fraude à lei se trataria somente de interpretar: a) mais amplamente a norma, cuja aplicação se evitou, para o fim de considerar ilícitas as situações nas quais o negócio não vise à finalidade igual, mas tão só análoga à proibida; b) a real substância do negócio realizado, independente das formas empregadas.

A nosso sentir, esse ponto de vista, tido como intermediário, não se afasta da concepção objetiva, desta se diferenciando por ampliar os contornos do que possa ser vislumbrado como fraude à lei.

O Código Civil espanhol, com a reforma de 1974, consagrou a fraude à lei. Para tanto, dispôs, no art. 6.4 do seu Título Preliminar, o seguinte: “Os atos realizados ao amparo do texto de uma norma, mas que persigam um resultado proibido pelo ordenamento jurídico, ou contrário a ele, considerar-se-ão executados em fraude à lei e não impedirão a aplicação da norma que visaram evitar”¹⁶.

¹⁵ MORELLO, Umberto. Op. cit., p. 501-502.

¹⁶ “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.” (Disponível em: www.alicante.es. Acesso em: 15 maio 2014)

A moldagem legal, no dizer de Antonio Gullón Ballesteros¹⁷, pressupõe dois requisitos. O primeiro é o de que o ato se tenha realizado ao amparo do texto de uma norma, designada de lei de cobertura, a qual se apresenta, a um primeiro golpe de vista, como adequada à espécie.

Em outro passo, tem-se que o ato perpetrado deverá se voltar à perseguição de um resultado proibido pelo ordenamento, expressão a abranger não somente as regras legais, mas, por igual, os costumes e os princípios gerais do direito, preservando, desse modo, pela via interpretativa, a coerência interna do preceito, cujos efeitos o infrator quis evitar, a partir de confronto com o sistema jurídico em sua integralidade.

Debate interessante se reporta à exigência da demonstração de que o afastamento da norma imperativa seja ou não produto intencional das partes. Posicionamento afirmativo parece ser sugerido do teor literal do art. 6.4 do Título Preliminar do Código Civil, ao empregar o verbo *perseguir* relacionado com a expressão *resultado proibido*.

No entanto, a jurisprudência refutou essa primeira visão. A Sentença de 13 de junho de 1959, pronunciada pelo Tribunal Supremo, deixou clara a desnecessidade de realização dessa prova. Além da sua dificuldade, ponderou-se que, em casos que tais, o mais importante é a visualização de que o fim do instituto se centra no reclamo em se assegurar o cumprimento das leis e não o combate ao acerto malicioso das partes¹⁸.

O Código Civil lusitano, precedente, em quase uma década, ao texto espanhol, não adotou uma regra de conteúdo geral sobre o assunto. Reportou-se, porém, à fraude à lei em vários dispositivos, conexos ao tratamento de relações jurídicas específicas.

O primeiro deles é o art. 21º, que, em se ocupando do conflito de leis no espaço, tem como irrelevantes as situações de fato ou de direito criadas pelas

¹⁷ BALLESTEROS, Antonio Gullón. *Comentário del código civil*. Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. 2. ed. Barcelona: Bosch, t. 1, 2006. p. 116-117.

¹⁸ Parcela de sua motivação é firme em acentuar a desnecessidade de “que a pessoa que realiza o ato ou os atos em fraude tenha a intenção ou consciência de burlar a lei, nem, de conseqüente, a prova da mesma, porque o fim último da doutrina da fraude é a defesa do cumprimento das leis, não a repressão do concerto ou intenção maliciosa de que se incumbem outras instituições” (“*que la persona que realice el acto o actos en fraude tengan la intención o conciencia de burlar la ley, ni consiguientemente la prueba de la misma, porque el fin último de la doctrina del fraude es la defensa del cumplimiento de las leyes*”). Versão em espanhol transcrita por: DíEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. Op. cit., p. 115. No mesmo sentido, a Sentença de 29 de maio de 1988.

partes com o propósito de evitar a aplicabilidade do diploma legal que, de outra maneira, seria aplicável.

Em segundo lugar, tem-se o art. 330º, nº 1º, a vedar, nos pactos sobre caducidade, que venha se permitir a frustração de regra relativa à prescrição.

Ainda se pode apontar o art. 579º, nº 1º¹⁹, a ter como nula a cessão de crédito ou de outros direitos litigiosos, efetuada direta ou por interposta pessoa a Magistrado, membros do Ministério Público, serventuários da justiça ou advogados, caso verse sobre processo que tramite em área na qual estes exerçam habitualmente a sua atividade ou profissão.

O tratamento legal fracionado não impediu que fosse possível a visualização geral da fraude à lei. Nesse sentido, pronunciou-se Ascensão²⁰, ao argumento de que não seria admissível que os sujeitos de direitos evitem a incidência de uma vedação legal se valendo de expedientes que, embora formalmente lícitos, prestem-se, nas circunstâncias concretas, à verificação de um resultado que o legislador proibiu.

Além de admitir a fraude subjetiva à lei, existente quando as partes têm intenção de fraudar a proibição legal, o autor não descarta, por igual, a natureza objetiva da figura quando, qualquer que seja o fim das partes, o negócio realizado acarrete objetivamente o resultado que tenciona afastar a regra proibitiva.

Para a distinção, aduz ser importante saber se a fraude se encontra na conexão ou na concretização do resultado. No primeiro caso, que é evidenciado

¹⁹ A redação dos preceitos é a seguinte: “Art. 21º *Fraude à lei*. Na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente. [...] Art. 330º *Estipulações válidas sobre a caducidade*. 1. São válidos os negócios pelos quais se criem casos especiais de caducidade, se modifique o regime legal desta ou se renuncie a ela, contanto que não se trate de matéria subtraída à disponibilidade das partes ou de fraude às regras legais da prescrição. [...] Art. 579º *Proibição da cessão de direitos litigiosos*. 1. A cessão de créditos ou outros direitos litigiosos feita, directamente ou por interposta pessoa, a juízes ou magistrados do Ministério Público, funcionários de justiça ou mandatários judiciais é nula, se o processo decorrer na área em que exercem habitualmente a sua actividade ou profissão; é igualmente nula a cessão desses créditos ou direitos feita a peritos ou outros auxiliares da justiça” (Disponível em: www.confap.pt. Acesso em: 15 maio 2014).

²⁰ Eis as palavras do autor: “Apesar de não haver nenhuma previsão geral da fraude à lei, mas apenas previsões particulares, a figura não pode deixar de relevar em todos os casos. Não é admissível que as partes contornem uma proibição legal, recorrendo a processos formalmente lícitos, mas que conduzam afinal ao resultado que a lei quis proibir. [...] Mesmo quando a lei não proíbe expressamente específicos negócios em fraude à lei, não se pode deixar de concluir que a invalidade cominada para o negócio proibido se estende também ao negócio celebrado em fraude à lei” (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Op. cit.*, p. 326).

pelo art. 21º do Código Civil, ao haver referência a situações de fato ou de direito criadas pelas partes, forçoso exigir a presença da intenção fraudulenta. No outro, dá-se a obtenção do resultado proibido mediante negócio intermédio, o qual, abstratamente válido, serve de veículo para que aquele possa se verificar. Nesta hipótese, não se exigirá a demonstração do acerto intencional das partes.

4 O DIREITO PÁTRIO

Ao exemplo da legislação pré-codificada, o Código Civil de 1916 não explicitou uma previsão geral sobre o instituto em exame. Poder-se-á que tal vislumbre adviria do art. 82 que, a pretexto de enunciar os requisitos de validade dos atos jurídicos, mencionava, tal como atualmente, o objeto lícito. Com isso, seria possível sobressair que tais manifestações deveriam ter a sua possibilidade testada em face de sua adequação ao sistema jurídico e, portanto, correto seria afirmar que não teriam validade quando o resultado obtido fosse contrário à norma imperativa.

No entanto, entre nós, a aplicação da fraude à lei teve seu desenvolvimento pela atividade jurisprudencial. Os tribunais – especificadamente o Supremo Tribunal Federal e, posteriormente a 05.10.1988, o Superior Tribunal de Justiça – assim laboraram tal como se o combate àquela resultasse de uma consciência jurídica universal, não fazendo nenhuma referência a dispositivo legal específico, ou do qual o instituto pudesse ser extraído.

De forma alguma, isso não exclui – nem menospreza – a atenção que a doutrina dedicou ao tema, conforme doravante poderá ser visualizado.

Sem uma exatidão cronológica, é possível aludir como um dos primeiros precedentes o julgamento do RE 13.876/DF²¹. Versava sobre ação de despejo, relacionada a uma locação parcial, iniciada em 28 de fevereiro de 1939, e que dizia respeito a um compartimento em casa de cômodos, sita na Rua do Riachuelo, nº 134, tanto que a mobília constante naquele pertencia à locatária, inclusive roupa de cama. Vendido o imóvel, o novo proprietário pretendeu transformá-lo em hotel, com o objetivo de elevar, excessiva e injustificadamente, o valor do aluguel, agora consistentes em diárias de hotel.

A decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, por suas Câmaras Cíveis Reunidas, restaurando sentença de primeiro grau, julgou procedente o pedido. Provido o recurso extraordinário, interposto pela locatária, restou

²¹ STF, 1ª Turma, v.u., Rel. Min. Álvaro Ribeiro da Costa, Julgado em 18.10.1948.

assentado que, com tal manobra, aparentemente lícita, o locador investia contra o art. 1º do Decreto-Lei nº 6.739/1944 e os arts. 18, II, e 24, I, do Decreto-Lei nº 9.669/1946, os quais, além de punirem a percepção de valor excessivo a título de aluguel, limitavam o exercício do direito de retomada pelo locador²².

Outra manifestação ocorreu no plano do direito internacional privado, mais precisamente quanto à homologação de sentença proferida no estrangeiro. Antes do ingresso em nosso ordenamento do divórcio, constituiu prática comum a da realização deste em países que o admitiam, seguido da formulação de pleito para homologação da respectiva sentença no Brasil.

Uma das situações foi a retratada pela SE 1.321/SE²³, na qual se vivenciava a situação de um casal de portugueses que, contraindo núpcias perante o consulado do seu país em Xangai, veio a residir no Rio de Janeiro. Dissolvida a sociedade conjugal, com o abandono do lar do marido, que passou a residir em lugar incerto e não sabido, a esposa requereu, com êxito, seu divórcio perante a justiça dos Estados Unidos do México.

A escolha do Judiciário mexicano, que não era o país da nacionalidade ou da residência da requerente, restou compreendida como manobra voltada a afastar a competência da Justiça brasileira e, de conseguinte, da lei nacional.

²² Cabível a transcrição de parte da motivação exposta pelo Relator: “Trata-se, portanto, de locação de cômodo cuja transformação em quarto de hotel importaria na mudança arbitrária da natureza da locação, objetivando aumento abusivo do preço do aluguel que, nesse caso, passaria de Cr\$ 300,00 a 715 cruzeiros mensais. Vedam, as leis do inquilinato, o aumento do preço da locação e punem essa infração aos seus dispositivos com penas aplicáveis aos crimes a economia popular (Decreto-Lei nº 4.589, art. 5º; Decreto-Lei nº 6.739, art. 13; Decreto-Lei nº 9.669, art. 24). Constitui fraude ao instituto precípua da lei consentir, sob quaisquer disfarces, o aumento indevido do aluguel e deferir a retomada quando insincera nos seus objetivos. Além disso, ‘o uso próprio, na linguagem da lei de inquilinato, embora de compreensão ampla, deve ser concedido com o objetivo a que teve em vista o legislador, porém sob certas reservas, vedando-se a retomada toda vez que ela se apresente, como na espécie, com o caráter de fraude ao sistema da lei que, em suas linhas gerais, tende a proteção ao inquilino, salvo as exceções expressas’ (Ac.-Arq. Jud., v. 06, p. 241). O aresto recorrido decidiu contra a letra do art. 1º do Decreto-Lei nº 6.739, de 1944, o do art. 24, n. I, do Decreto-Lei nº 9.669, de 1946, imprimindo à expressão *uso próprio*, constante do art. 18, n. II desse último diploma legal, interpretação contrária ao instituto visado pelo legislador, dando, assim, possibilidade ao êxito da fraude em detrimento do direito assegurado ao locatário quanto ao uso da locação, por tempo indeterminado, sem aumento indevido do preço do aluguel”.

²³ Pleno, v.u., Rel. Min. Mário Guimarães, Julgado em 20.08.1954. Idêntica decisão na SE 1.926/México (Pleno, v.u., Rel. Min. Djaci Falcão, Julgado em 06.09.1967), envolvendo casal formado por uma alemã e um sueco, residentes no Brasil.

Outra hipótese consistiu no RE 29005/SP²⁴, o qual se originou do ajuizamento de ação renovatória por locatário de imóvel no qual se havia estabelecido, para o exercício de atividade mercantil, há aproximadamente treze anos, muito embora o único contrato celebrado por escrito tenha se restringido ao intervalo máximo de quatro anos.

A demonstração da continuidade da locação por aproximadamente treze anos relativa a um mesmo imóvel, no qual o demandante, na qualidade de locatário, estabeleceu o seu fundo de comércio, enquanto que o contrato escrito, ainda em curso, estatuiu prazo de somente quatro anos, fez com que prevalecesse a configuração de fraude à lei, mais precisamente o art. 2º do Decreto nº 24.150/1934, convicção que preponderou sobre o entendimento do voto do Relator originário, Ministro Edgard Costa, a exigir, para o êxito do pedido de renovação, que os prazos a serem somados devessem provir de contratos escritos, sucessivos e por tempo determinado e daí não conhecia do inconformismo²⁵.

Reforçava a conclusão a previsão específica de fraude, constante do art. 30 do referido diploma, enunciando:

Art. 30. São também nulas de pleno direito quaisquer cláusulas que visem iludir os objetivos da presente lei, e nomeadamente, as cláusulas proibitivas da renovação do contrato de locação, ou que impliquem em renúncia dos direitos tutelados por esta lei.

Ainda nessa seara, o tema voltou à baila perante o Superior Tribunal de Justiça no REsp 4143/SP²⁶. Aqui se tinham firmados entre as partes, por escrito, três contratos de locação consecutivos, tendo a sua celebração lugar no mesmo dia, ou seja, em 1º de maio de 1974. O primeiro deles, com duração estipulada em quarenta e oito meses, possuindo os demais o prazo de quarenta e dois meses. Havia uma particularidade, qual seja a de que, antes do segundo e do terceiro,

²⁴ 2ª Turma, mv, Rel. Desig. Min. Hahnemann Guimarães, Julgado em 14.10.1955.

²⁵ Eis como esgrimida a divergência, a qual prevaleceu: “No caso, o estabelecimento comercial existe há treze anos. O último contrato reafirmou a situação anterior. Esta Turma, se não me engano, com voto meu, já decidiu a questão no sentido afirmativo. Aqui, parece-me que há fraude à lei, ou seja, ocorre o caso previsto no art. 30 do Decreto nº 24.150, de 20 de abril de 1934. O estabelecimento comercial existe há treze anos e o último prazo contratual é de quatro anos. A intenção, evidentemente, é de fraudar a lei, de frustrar o direito do locatário”.

²⁶ 3ª Turma, Rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 20.05.1991.

antecederam dois intervalos de seis meses, nos quais o ajuste se desenrolara verbalmente.

O Relator visualizou, de forma categórica, que, na espécie, havia presunção comum de fraude à lei, de maneira que considerou deverem, para o fim da ação renovatória, serem somados os tempos dos contratos escritos e verbais.

Prosseguindo, tem-se o RE 88442/RJ²⁷, originário de acórdão que negou pleito de adjudicação compulsória de imóvel. Teria restado evidenciado, a partir da resposta dos réus, que, ao invés de promessa de compra e venda, aparelhada com pacto adjeto de retrovenda, tinha se dissimulado mútuo com garantia real, o qual, pelas circunstâncias, afastava a vedação do art. 765 do Código Civil revogado, a proibir que o credor ficasse com o domínio da coisa que é o objeto da garantia a título de pagamento.

Interessante, no julgado, o debate sobre se a simulação poderia ou não ser instrumento para a fraude à lei. A conclusão foi a de que tal afirmativa se afigura razoável e, além disso, assomava de enorme importância.

Isso porque, à época da codificação passada, a simulação, ensejando anulabilidade, tinha o seu reconhecimento submetido ao prazo de quatro anos, na conformidade do art. 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916.

Preponderou o entendimento de que, em encobrendo fraude à lei, a simulação seria absorvida por aquela, de modo que a hipótese configuraria nulidade e, portanto, estaria submetida ao prazo prescricional de vinte anos.

Porventura na atualidade a discussão tenha perdido o seu relevo de ordem prática, pois, com o Código Civil vigente, tanto a simulação quanto à fraude à lei constituem situações capazes de ensejar nulidade e não anulabilidade.

De notar ser, uma vez considerado o conjunto dos precedentes, possível o reconhecimento da fraude à lei, independentemente da demonstração de que fora essa a intenção das partes.

²⁷ 2ª T., Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 14.04.1978. A ementa é bastante elucidativa: “Promessa de compra-e-venda e de cessão com cláusula de arrendimento a termo. Simulação relativa como instrumento de fraude ao art. 765 do Código Civil. Se ocorreu simulação e o negócio jurídico dissimulado é o mútuo com garantia real com pacto comissório, não há que se pretender negativa de vigência dos arts. 1.140, 102 e 765 do Código Civil. É pelo menos razoável - e isso porque se estriba em forma corrente doutrinária - a tese de que, quando a simulação é ultimada como instrumento para fraudar lei imperativa, prepondera a fraude à lei, não só no que diz respeito à sanção (nulidade), mas também no que concerne ao prazo de prescrição, que deixa de ser o aludido no art. 178, § 4º, V, b, do Código Civil. Dissídio de jurisprudência não comprovado. Recurso extraordinário não conhecido”.

Essa constatação encontrava seu apoio na doutrina, tendo, entre alguns autores, sido a opinião compartilhada por Pontes de Miranda²⁸. Recentemente, encontrou recepção em pronunciamento condutor do Ministro Eros Grau na Reclamação nº 8.025/SP, o que será frisado adiante.

A codificação vigente se lançou ao tratamento do tema mediante previsão de cunho geral, fazendo-o no seu art. 166, VI, ao inserir, entre as situações capazes, a do negócio jurídico que tenha por objetivo fraudar lei imperativa.

Comentando o preceito legal, Humberto Theodoro Júnior²⁹, após enfatizar que a fraude à lei é objetiva, não dependendo, pois, da intenção de burla do mandamento proibitivo, preconiza que, em face de se cuidar de norma restritiva de direito, faz-se necessário que a regra a ser burlada expresse o sentido de impedir, de qualquer maneira, determinado efeito, direta ou obliquamente. E mais: é de se observar, restritivamente, o tipo de resultado que o sistema jurídico pretende vedar, não sendo de se impedir resultados semelhantes.

Ao depois da promulgação do Código Civil de 2002, o qual recentemente ultrapassou o primeiro decênio de vigência, não se observa, não obstante o tratamento explícito do tema, pronunciamento jurisprudencial, nos anais do Superior Tribunal de Justiça, que tenha se proposto a um desenvolvimento maior do instituto.

Essa circunstância, contudo, não obistou que fosse possível a menção, de passagem, ao reconhecimento da fraude à lei, como fator capaz de conduzir a determinados resultados, mais precisamente como situação apta a justificar a desconsideração da personalidade jurídica. É o que se tem com o REsp 401081 – TO³⁰, onde, a despeito de se restaurar sentença que acolheu exceção de pré-executividade, ressalvou-se a possibilidade de, em via que comporte dilação probatória, vir a ser demonstrada fraude, com o propósito de respaldar a *disregard doctrine*.

²⁸ O pensamento do autor pode ser assim sintetizado: “Se a lei é tal que se lhe pode descobrir o resultado, positivo, ou negativo, que ela colima, e para alcançar esse fim determina a sanção, há-se de entender que a sanção apanha quaisquer infrações diretas ou indiretas. Donde ser indiferente ter havido, ou não, a intenção. O intuito não é elemento necessário do suporte fático; salvo se a própria infração direta o exigiria, ou em se tratando de mudança de estatuto” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado* – Parte geral. São Paulo, t. I, 2012. p. 105).

²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, t. I, 2003. p. 443.

³⁰ STJ, 3ª Turma, v.u., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 15.05.2006.

5 EFEITOS E ÂMBITO DE APLICAÇÃO

Não se mostra inteiramente pacificada a delimitação da eficácia do reconhecimento da fraude à lei. Antonio Gullón Ballesteros³¹, coerente com o texto da codificação espanhola, aponta que a sanção para a prática em comento não se radica na invalidade de pleno direito. O legislador, ao invés, expressamente, reportou-se à lei que se pretendeu defraudar, impondo a sua aplicação. Desse modo, a declaração judicial da fraude há de operar para remover o obstáculo para a incidência da lei que o ato ou negócio jurídico evitou. A nulidade, sem dúvida, poderá consistir em meio para a obtenção desse resultado.

O art. 166, *caput*, do Código Civil, volta-se à afirmação de ser nulo o negócio jurídico perpetrado em fraude à lei. Isso não quer dizer, contudo, que a invalidade é a consequência principal do reconhecimento do comportamento fraudador. Em primeiro lugar, está a aplicação da lei defraudada. A nulidade não deixa de ostentar relevo, pois quase sempre será o meio pelo qual se faz possível preponderar o preceito que a parte ou as partes pretenderam afastar.

É preciso ainda não olvidar – como o fazem Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery³² – que toda vez que a ordem jurídica, para a hipótese de sanar violação de norma imperativa, refere-se a um resultado específico, este deverá preponderar sobre a nulidade. É o caso, v.g., de cessão de crédito penhorado, a qual é vedada pelo art. 298 do Código Civil, mas que, ao invés de inválida, assoma ineficaz em face de previsão específica da hipótese pelo art. 593, II, do Código de Ritos ainda então em vigor.

Daí não ser possível se excluir a produção de outros efeitos, inclusive de conteúdo patrimonial, no que concerne ao reconhecimento da fraude à lei. Da mesma maneira, a invalidade pode não se mostrar como o principal deles. As peculiaridades da situação jurídica concreta é que disciplinarão a eficácia a ser esperada com o instituto.

De outro lado, não se pode desconhecer que a fraude à lei configura instituto de caráter e alcance genérico, não sendo, portanto, privativo do direito civil, mas que, em face da condição deste de direito comum, dirige sua incidência às mais diversas espécies de relações jurídicas.

³¹ BALLESTEROS, Antonio Gullón. Op. cit., p. 117.

³² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 436.

Um deles é o direito do trabalho que, igualmente, assenta suas manifestações em balizas contratuais, mesclado pela influência de normas cogentes. Este aspecto tornou possível a incidência da fraude à lei, tendo, para esse fim, sido plasmada uma regra a esse respeito. É o art. 9º da Consolidação das Leis do Trabalho, proclamando: “Art. 9º Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Com tal preceito, restou consagrada a fraude à lei para as relações jurídicas trabalhistas de formal geral, sem necessidade de invocação, para esse fim, do Código Civil, ou ainda de recursos a princípios gerais do direito.

Uma das situações que, por mais de uma vez, ensejou a aplicação da regra protetora, recaiu justamente na despedida fictícia do empregado, com o propósito de evitar, antes do advento do FGTS, a aquisição da estabilidade a que se refere o seu art. 492.

Julgamento a esse respeito sucedeu quando do desate do RE 53.801/MG, no qual se proveu recurso do reclamante que, admitido como operário da recorrida, empresa industrial, em 01.05.1943, requereu, em 28.01.1953, aviso prévio em papel timbrado da empregadora, postulando sua demissão para o mês seguinte, renunciando, assim, à sua estabilidade.

Compreendeu a 1ª Turma do Pretório Excelso que tudo não passava de simulação, levada a cabo, para o fim de afastar a incidência da norma que garantia a estabilidade³³.

³³ Concisa, mas esclarecedora, a ementa do julgado: “Fraude à lei. Dispensa fictícia de empregado para evitar estabilidade. Violação dos arts. 9º, 477 e 492 da Cons. das Leis do Trabalho. Recurso extraordinário conhecido e provido” (v.u., Rel. Min. Evandro Lins e Silva, Audiência de Publicação em 13.12.1963). O Relator, de maneira objetiva, descreveu as circunstâncias fáticas que se mostraram suficientes para a configuração da tentativa de afastamento da norma injuntiva que confere a estabilização do empregado, afirmando: “Uma série de indícios leva à conclusão de que a rescisão do contrato de trabalho foi simulada, para evitar a estabilidade do recorrente. O primeiro indício consiste na circunstância *provada* de que a despedida se verificou em 30 de maio de 1953, conforme anotação na carteira profissional, onde se diz: “Pedi demissão desta cia. conforme carta em nosso poder. Deixou os serviços por sua livre e espontânea vontade em 30 de maio de 1953”. O segundo indício é que o recorrente recebeu indenização: -quem pede demissão não recebe indenização. Na verdade, para fraudar a estabilidade, a empresa pagou uma gratificação ao seu empregado. Terceiro indício: - pelo aviso prévio do empregado, a sua saída deveria dar-se a 28 de fevereiro, data do recibo da estranha e desnecessária indenização. No entanto, o recorrente só deixou os serviços da empresa a 30 de maio, quando já tinha mais de dez anos no emprego. Quarto indício: - O recorrente foi readmitido ao serviço da empresa *dois meses depois* da rescisão do contrato, isto é, em 1º de agosto de 1953, já agora com um contrato por prazo determinado de 4 anos”. Anteriormente, no mesmo diapasão, foi o deliberado no RE 14793/DF (2ª Turma, v.u., Rel. Min. Orosimbo Nonato, Julgado em 26.06.1951).

Outro segmento jurídico no qual a fraude à lei constituiu objeto de discussão foi o tributário. Para tanto, primeiramente contribuiu a jurisprudência. Em um dos julgados precursores, qual seja o do RMS 2.647/DF³⁴, se entendeu que, em havendo forte plausibilidade quanto a uma possível ocorrência de fraude, a partir da demonstração de indícios sólidos nesse sentido pelas informações da autoridade coatora, o mandado de segurança não poderia ser a via adequada para tutela do direito do contribuinte, o qual deveria se valer das vias ordinárias, pois, somente assim, estaria assegurada a igualdade processual, com a possibilidade de ambas as partes apresentarem as provas de que dispõem. É que a fraude à lei demandaria um exame de prova, e a sua alegação, de forma plausível, pela autoridade coatora, tornaria inadequado o emprego do mandado de segurança pelo particular.

Outros pronunciamentos vieram a lume, entre os quais o: a) ROMS 16.105/GB³⁵, no qual se compreendeu que a contratação de seguro, diante das circunstâncias, visava unicamente ao emprego do montante despendido a título de prêmio para fins de dedução da base de cálculo do imposto sobre a renda; b) RE 60.287/SP³⁶, no qual se entendeu fraudulenta a atitude do contribuinte que, para afastar a incidência do imposto de importação sobre a aquisição de veículo estrangeiro, importou peças para realizar aqui a sua montagem.

Um segundo estágio foi previsão da figura pelo Código Tributário Nacional, nos arts. 149, VII, e 150, § 4º, relacionados à enumeração das hipóteses de lançamento ou revisão de lançamento de ofício e à fixação do prazo para a homologação do lançamento efetuado por iniciativa do próprio contribuinte, respectivamente.

Ditos preceitos já granjeavam a atenção dos doutrinadores, tendo Alfredo Augusto Becker salientado que toda vez na qual alguém, para ordenar a sua vida patrimonial de maneira menos onerosa, viole regra jurídico-tributária, haveria fraude fiscal, a qual se afigura “ilícita, porque o contribuinte ergueu a estrutura jurídica de seus negócios, violando regra jurídica ou desprezando

³⁴ STF, Pleno, v.u., Rel. Min. Luiz Gallotti, Julgado em 23.05.1955.

³⁵ 3ª Turma, v.u., Rel. Min. Luiz Gallotti, Audiência de Publicação de 17.08.1966. Em tais casos, o contribuinte, com financiamento módico por parte da seguradora, efetuava, ao contratar o seguro, o pagamento do prêmio e, logo após proceder à dedução do seu valor, rescindia o contrato. Compreendeu-se que, na prática, visava-se, com celebração do ajuste, unicamente à redução do tributo a ser quitado.

³⁶ 2ª Turma, v.u., Rel. Min. Villas Boas, Audiência de Publicação de 19.10.1966.

a eficácia jurídica (efeitos) resultante da incidência de regra jurídica sobre sua hipótese de incidência”³⁷.

Em um terceiro momento, com a Lei Complementar nº 101/2004, adveio inclusão de parágrafo único ao art. 116 do Código Tributário Nacional, dispondo, em caráter geral, o seguinte:

A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Em assim ocorrendo, caberá ao intérprete, à luz das explicitações legislativas, verificar de que forma a atuação do contribuinte influenciou para o afastamento da concretização da hipótese de incidência, ou para a minoração de seu montante, procedendo ao lançamento, se ainda for possível fazê-lo.

O direito eleitoral não frisou exceção ao instituto. O Supremo Tribunal Federal, ratificando deliberação do Tribunal Superior Eleitoral, deixou claro, por ocasião do desate do RE 100.670.6/PB³⁸, haver fraude à lei na conduta da então recorrente que, para afastar a injunção da inelegibilidade constante do art. 151, § 1º, *d*, da Lei Maior pretérita (na atual, art. 14, § 7º), separou-se judicialmente de seu cônjuge, então prefeito municipal.

Também se registram exemplos no campo dos liames regidos pelo direito administrativo. Um deles sucedeu com a invalidação da exclusão de militar das fileiras de sua corporação, pela via punitiva, com o propósito de evitar a aquisição de sua qualidade de estável, o que foi objeto de discussão no RE 79129/SP³⁹.

Em outra assentada, versando sobre a autonomia administrativa dos tribunais, o Pretório Excelso, por sua composição plenária, acatou, com discrepância, pleito formulado na Reclamação nº 8.025/SP⁴⁰, ao argumento de que teria ocorrido fraude tendente a afastar o comando do art. 102, segunda parte, da Lei Complementar nº 35/1979, a qual limita em quatro anos o prazo máximo para que os integrantes de tais colegiados possam exercer cargos de

³⁷ BECKER, Alfredo Augusto. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010. p. 146.

³⁸ Pleno, v.u., Rel. Min. Alfredo Buzaid, DJU de 10.08.1984.

³⁹ 1ª Turma, v.u., Rel. Min. Bilac Pinto, Audiência de Publicação de 21.05.1975.

⁴⁰ DJe de 05.08.2010.

direção. No caso, o reclamado, após ter exercido o cargo de corregedor-geral, e de ter, antes de cinco dias para o término do seu mandato de vice-presidente, renunciado a este, passou a concorrer, com êxito, para o cargo de presidente. Ao empregar tal artifício – sutil, aliás, mas igualmente canhestro –, ultrapassou indevidamente a proibição anterior.

Interessante que o Relator, Ministro Eros Grau, em substanciosa exposição sobre o instituto da fraude à lei, porventura a mais pujante em nossos anais jurisprudenciais, bem demonstrou a sua caracterização na espécie em deliberação. Igualmente, concluiu que aquela tem natureza nitidamente objetiva, independente da demonstração da intenção de fraudar da parte⁴¹.

No direito processual, a discussão em comento teve lugar no REsp 207484/SP⁴², ao instante da vigência do art. 737 do CPC, o qual condicionava a suspensão do processo de execução à garantia do juízo. Na hipótese, o devedor ajuizou ação ordinária, para o fim de obter a desconstituição do título executivo, obtendo o deferimento de tutela antecipada e, com isso, paralisou o curso da execução. Não tendo oferecido, para tanto, qualquer bem à penhora, ou depositado o valor da dívida, passou a usufruir de resultado que o ordenamento processual não admite, ultrapassando, assim, a exigência constante do dispositivo legal anteriormente mencionado.

Antes de ser ultimada a abordagem, assoma de interesse investigar qual o lapso temporal de que dispõe o prejudicado com a não incidência da norma imperativa, para que possa impugnar o ato fraudulento.

Para tanto, impõe-se saber qual a natureza do liame jurídico, mais precisamente se encontra submetido às normas gerais do Código Civil ou se está localizado sob o alcance, nesse aspecto, de uma regência legislativa específica.

⁴¹ Inevitável uma transcrição de trecho de tal pronunciamento: “15. Note-se bem que intencionalidade de violação da lei não é determinante da fraude, de modo que se possa imputar a quem a pratica a pecha de fraudador. Aqui não se trata disso, de qualificar desairosamente a conduta de quem quer que seja. Fato é, no entanto, que a renúncia do cargo de vice-presidente conduz a indireta violação da lei. 16. A necessidade de renovação dos quadros administrativos de Tribunais por meio do reconhecimento da inelegibilidade decorrente do exercício, por quatro anos, de cargo de direção, cumpre seja acatada. No caso, embora o cargo de direção não tenha sido exercido por quatro anos, vez que a renúncia deu-se cinco dias antes do término do mandato de vice-presidente, o bem jurídico tutelado pela seria afrontado. A ele se aplica a ação prevista na segunda parte do art. 102, da Loman. E não, há, por outro lado, como negar o caráter de cargo de direção na função de corregedor-geral”.

⁴² STJ, 1ª Turma, v.u., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 10.04.2000.

Na primeira hipótese, tem-se que a jurisprudência, tanto do Pretório Excelso⁴³ quanto, depois da vigência da Constituição de 1988, a do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴, orientou-se pela incidência do prazo geral das ações pessoais do art. 177 do Código Civil pretérito, ao argumento de que se tratava do reconhecimento de nulidade e não de ato anulável.

É preciso notar, porém, que, no particular, parece ter havido alteração substancial do tratamento do tema pela codificação vigente. Isso porque o art. 169 do Código Civil vigente prevê que o negócio jurídico nulo não se convalida pelo decurso do tempo. O que se poderá cogitar é da ressalva de que eventuais efeitos patrimoniais, decorrentes da declaração de invalidade, encontrar-se-ão submetidos, por ensejarem pretensão, aos prazos prescricionais adequados.

Diversamente, quando se cuidar de relação jurídica que possua tratamento específico, este será observado. Por exemplo, no plano tributário, aplicar-se-ão as regras de caducidade para que a administração tributária possa efetuar o lançamento. Em matéria eleitoral, por sua vez, incidirão os prazos que lhe são próprios, conforme a via escolhida (impugnação de registro de candidatura, recurso contra a diplomação, ação de impugnação de mandato, entre outras hipóteses), e assim por diante nas demais situações específicas.

6 UMA SÍNTESE CONCLUSIVA

Ultimada esta exposição, eis alguns remates:

- a) dissecando-se o universo do ilícito, encontra-se a bipartição entre ilícitos típicos, qualificados por comportamentos que contravêm a regras, e ilícitos atípicos, consistentes em ações que ofendem a princípios, entre os quais se encontra a fraude à lei;
- b) a fraude à lei tem a sua singularidade quando alguém desenvolve uma atuação com base em uma regra legal, denominada lei de cobertura, mas que, diante das circunstâncias em volta, visa obter um resultado vedado por lei imperativa, a qual tem como fundamento um princípio geral do direito, tendo a doutrina se controvertido sobre a possibilidade ou não daquela ter como veículo a simulação;

⁴³ Exemplo esclarecedor de tal pensar consta do mencionado RE 88442/RJ.

⁴⁴ Eis alguns venerandos acórdãos: 3ª Turma, v.u., Rel.^a Min. Nancy Andrighi, DJU de 07.05.2005; 3ª Turma, v.u., Rel. Min. Castro Filho, DJU de 12.09.2005; 3ª Turma, v.u., Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 15.03.2004; 4ª Turma, v.u., Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 18.12.1995.

- c) com raízes no Direito romano do período Pós-Clássico, coincidente com o início da República, a fraude à lei se expandiu para as codificações, entre as quais as vigentes na Itália, Espanha e Portugal, nestas estando consagrada como instituto de natureza geral, ensejando, na doutrina e jurisprudência, discussão sobre ser necessária ou não a intencionalidade das partes para a sua configuração;
- d) no sistema jurídico pátrio, à míngua de dispositivo específico no diploma promulgado em 1916, a formulação do instituto da fraude à lei emanou de sólida atuação da mente pretoriana, a qual foi corroborada por intervenções, sempre providenciais, da doutrina, permitindo que, em um desenvolvimento futuro, o Código Civil vigente pudesse acolher o instituto no seu art. 166, VI, ao enunciar as hipóteses capazes de provocar a nulidade dos negócios jurídicos; preponderou, no curso evolutivo, a concepção objetiva, dispensando, para que fosse delineado o ilícito, a prova da intenção dos infratores;
- e) instituto aplicável aos mais diversos segmentos da província jurídica, a inclusão da fraude à lei como exemplo de negócio jurídico nulo não é capaz de encerrar, no plano da invalidade, a eficácia, a qual, primeiramente, radica na incidência do preceito legal imperativo cujo afastamento se projetou;
- f) a despeito de, na maioria dos casos, afigurar-se a busca de seu reconhecimento judicial imprescritível, por força do art. 169 do Código Civil, não se pode deixar de considerar o tratamento especial que, sobre esse ponto, estão submetidos determinados tipos de relações jurídicas.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil - Teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, v. II, 2003.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. *Ilícitos atípicos*. 2. ed. Madri: Editorial Trotta, 2006.

BALLESTEROS, Antonio Gullón. *Comentário del código civil*. Coord. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. 2. ed. Barcelona: Bosch, t. 1, 2006.

BECKER, Alfredo Augusto. *Direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Noeses, 2010.

BRAVO, Federico de Castro y. *Derecho civil de España*. Madri: Editorial Civitas, 1991.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil – Teoria geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Instituciones de derecho civil*. 2. ed. Madrid: Tecnos, v. I, 1998.

KASER, Max. *Direito privado moderno*. Trad. Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, v. I, 1988.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado – Parte geral*. São Paulo, t. I, 2012.

MORELLO, Umberto. *Digesto delle discipline privatistiche – Sezione civile*. Coord. Rodolfo Sacco. Turim: UTET, v. VIII, 1998.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. III, t. I, 2003.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do direito civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA E TENDÊNCIAS DO POPULISMO PUNITIVO - UM ESTUDO DE CASO COM SENTENÇAS DA JUSTIÇA FEDERAL (PERNAMBUCO E CEARÁ) SOBRE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES

SPACES OF DISCRETION IN SENTENCING AND TRENDS OF PUNITIVENESS POPULISM - STUDY WITH JUDGMENTS OF THE FEDERAL COURT (PERNAMBUCO AND CEARÁ) ON INTERNATIONAL NARCOTICS TRAFFICKING

Érica Babini Lapa do Amaral Machado¹
Doutoranda em Ciências Criminais - PPGD-UFPE

Marina Melo Lins Storch²
Advogada

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo a análise de duas sentenças, relativas ao crime de tráfico internacional de entorpecentes, prolatadas nos anos de 2012 e 2013 no âmbito da Justiça Federal. Busca-se analisar, especificamente, como o debate na política criminal atual de expansão do poder punitivo, que tem forte adesão dos meios de comunicação social de massa, os quais difundem

a sensação de insegurança e medo iminentes na sociedade, influencia a opinião dos julgadores ao fundamentar as decisões judiciais, especialmente quando da aplicação da pena. Discute-se a guerra oficial às drogas no Brasil, que tem grande influência da política de *War on Drugs* norte-americana, inaugurada na década de 70. Ademais, em meio ao avanço do poder de punir e da política proibicionista de combate

¹ Professora de Direito Penal e Criminologia da Universidade Católica de Pernambuco - Unicap (Departamento de Ciências Jurídicas. Recife, Pernambuco, Brasil), Advogada Autárquica do Instituto de Assistência Social e Cidadania do Recife - IASC, Pesquisadora do Grupo Asa Branca de Criminologia.

² Graduada no curso de Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - Unicap (Departamento de Ciências Jurídicas. Recife, Pernambuco, Brasil).

às drogas, observa-se uma seletividade punitiva, em especial em relação ao traficante de droga, que passa a ser visto como o principal propagador da violência no seio social, sendo considerado “inimigo” interno da sociedade, a ele não sendo salvaguardadas as garantias fundamentais previstas em sede constitucional. É diante deste quadro que se constata, analisando as referidas sentenças, como os espaços de discricionariedade presentes na dosimetria da pena, especialmente na primeira fase do sistema trifásico, delineado no art. 68 do Código Penal, contribuem para que haja um atendimento pelo julgador dos reclamos sociais por punição, provocando um aumento da punitividade e, por via de consequência, um encarceramento massivo na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Tráfico de drogas; populismo punitivo; dosimetria da pena.

ABSTRACT: *This work aims at the analysis of two sentences, referring to the crime of international drug trafficking, handed down in the years of 2012 and 2013 as part of the Federal Court. From a criminological perspective, it seeks to analyze, specifically, how the debate on current criminal policy of punitive power expansion, which has a strong following of media mass, influences the opinion of the judges in basing judicial decisions, especially when the application of the penalty. It also intends to contextualize the macro-drug policy amid the backdrop of punitive populism experienced, demonstrating how the ideological tripod of the movements of law and order, social defense ideology and, in the alternative, ideology of national security, favors for which there is an official war against drugs in Brazil, which has great influence of the War on Drugs American politics, started in the seventies. Besides, amid the advance of the power to punish and prohibitionist policy of combating drugs, it turns out a punitive selectivity, in particular in relation to the drug dealer, who is seen as the main propagator of violence within the social, considered internal “enemy” of society. In this context, it is observed, analyzing these sentences, as the spaces of discretion present in the dosimetry of the penalty, mainly in the first phase of the three phase system outlined in Article 68 of the Brazilian Penal Code, contribute so there is a call by the judge of the social demands for punishment, causing an increase in punitiveness and, in consequence, a massive incarceration in society.*

KEYWORDS: *Drug trafficking; punitive populism; sentencing penalty.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A política criminal de drogas no Brasil: a formação de uma política proibicionista de guerra às drogas; 2 Os espaços de discricionariedade na dosimetria da pena: uma abertura ao poder punitivo; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Criminal drug policy in Brazil: the formation of a prohibitionist policy war on drugs; 2 Spaces of discretion in sentencing: an opening to the punitive power; Final considerations; References.*

INTRODUÇÃO

Trata o presente artigo de pesquisa realizada na Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP, no qual se pretendeu compreender se haveria interseções do populismo punitivo nos espaços de discricionariedade presentes na dosimetria da pena.

A motivação do estudo decorre do atual cenário de publicização da violência, empreendida pelos meios de comunicação social de massa na propagação do medo e na difusão do fenômeno a que se denomina de populismo punitivo, caracterizado, entre outros fatores, pela crença social de que o recrudescimento da lei penal e o aumento de medidas carcerizantes seriam a alternativa primeira no combate à criminalidade.

Neste sentido, a política criminal produz um debate intenso de expansão do poder punitivo estatal. O advento da globalização, conjuntamente com o fortalecimento do estado neoliberal, que surgiu em contraposição ao intitulado *welfare state* ou estado de bem-estar social, contribuiu de forma acentuada para o crescimento das desigualdades sociais e das classes marginalizadas.

Nessa conjuntura, os atores do sistema penal, em especial os magistrados, se tornam protagonistas do futuro do Direito Penal, desempenhando uma função de grande relevância no campo interpretativo das leis, que possuem caráter abstrato e devem ser aplicadas com a maior coerência e razoabilidade possíveis.

Sob esse prisma, a dosimetria da pena assume um papel de importância fundamental na aplicação da legislação penal, uma vez que proporciona ao julgador ampla margem de discricionariedade na valoração dos critérios de aplicação da pena – sobretudo quando da análise das circunstâncias judiciais albergadas no sistema trifásico, presentes no momento de fixação da pena-base –, podendo consistir em um terreno fértil para o atendimento aos anseios sociais por punição.

Outrossim, a cultura punitivista presente no corpo social e alavancada pelos aparelhos midiáticos é marcada pela seletividade do sistema repressivo, o qual tem como destinatários indivíduos pobres, considerados socialmente ameaçantes, e que se assemelham ao estereótipo implantado no imaginário popular de ente perigoso.

Nessa perspectiva, o traficante de drogas representa de forma marcante, nos dias atuais, esse estereótipo do inimigo, constituindo em alvo constante

de medidas criminalizantes, bem como recebendo tratamento diferenciado do sistema penal, sendo não raras vezes privado, de maneira quase integral, da sua condição de cidadão.

É diante deste cenário que se inicia o presente trabalho, procurando-se analisar criticamente um discurso oficial que promete segurança e a proteção da ordem pública, bem como o combate ao aumento da criminalidade, legitimando, para tanto, medidas repressivas e carcerizantes que muitas vezes, em prol de tal discurso, colocam em plano inferior os princípios e garantias constitucionais.

1 A POLÍTICA CRIMINAL DE DROGAS NO BRASIL: A FORMAÇÃO DE UMA POLÍTICA PROIBICIONISTA DE GUERRA ÀS DROGAS

A formação da política criminal de drogas no Brasil percorre diversas fases, tendo como marco inicial a instituição das Ordenações Filipinas, uma vez que o Código Filipino, em seu Livro V, Título LXXXIX, postulava “que ninguém tenha em caza rosagar, nem o venda, nem outro material venenoso”³.

É a partir da década de 40, contudo, que há o surgimento de um sistema repressivo sistematizado, marcado por uma política proibicionista de combate às drogas. Assim sendo, com a entrada em vigor do Código Penal de 1940, a matéria é recodificada em seu art. 281, que já traz um tipo misto alternativo, delineando uma série de condutas que configuram o delito que à época denominava-se “comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes”⁴.

Mais de duas décadas depois, a Lei nº 6.368/1976 inaugura no Brasil modelo inédito de controle repressivo, acompanhando as tendências político-criminais dos países centrais, em que há o desenvolvimento de uma crescente política antidrogas. O que se observa com a promulgação dessa lei é a manutenção de um discurso médico-jurídico que estabelece um papel diferenciador entre o consumidor, dependente ou usuário, que é considerado como doente, e o traficante, que é tido como delinquente, o que favorece para que haja uma seletividade do poder punitivo na luta contra as drogas.

Consequentemente, como bem esclarece Salo de Carvalho:

³ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57.

⁴ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 60.

Outrossim, com a implementação gradual do discurso jurídico-político no plano da segurança pública, à figura do traficante será agregado o papel (político) do inimigo interno, justificando as constantes exacerbações de pena, notadamente na quantidade e na forma de execução, que ocorrerão a partir do final da década de setenta.⁵

Ainda no que tange à Lei nº 6.368/1976, é de se ressaltar que ela se reveste de uma tonalidade alarmista, preocupando-se com a proliferação de ações de cunho preventivo, que densificam o sistema repressivo, assim como elucidam os temores sociais acerca da matéria. Tais temores sociais desembocam no surgimento crescente de pânicos morais, os quais colaboram para o incremento de um populismo punitivo e de políticas de intolerância no combate às drogas.

No plano internacional, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas de 1988, conhecida como “Convenção de Viena”, consagrou a guerra às drogas, ou *War on Drugs*, como política de controle do uso e difusão de drogas ilícitas⁶.

As linhas mestras dessa política de guerra são a proibição e a repressão, havendo uma preocupação para que haja um consenso entre os governos nas legislações antidrogas, tendo como característica a criação de fórmulas vagas e abertas para tipificar o delito de tráfico de entorpecentes, de forma a trazer uma maior abrangência na adoção de medidas criminalizantes.

Ademais, na suposta tentativa de se resguardar a saúde pública, considerada o principal bem jurídico protegido, observa-se uma inversão da máxima do *in dubio pro reo* para *in dubio pro societate*, havendo uma série de limitações à defesa dos acusados por tráfico de entorpecentes aliadas a uma forte pressão sobre os magistrados quando absolvem, mas não quando condenam⁷.

Na legislação pátria, por seu turno, constata-se que houve um complexo quadro de reformas legais e de práticas repressivas que desembocam na nova Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006, a qual perpassou um quadro de temor social,

⁵ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72.

⁶ TORON, Alberto Zaccharias. et al. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

⁷ TORON, Alberto Zaccharias. et al. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 12.

servindo de pretexto de repressão às drogas e a uma suposta criminalidade organizada com elas identificada para legitimar o apelo a meios de busca de prova e de punição, evidenciando o populismo punitivo e o clamor público por trás da edição de tais legislações extravagantes⁸.

Dentro desse contexto, a emergência da Lei nº 11.343/2006 ocorre sob um cenário de repressão às organizações criminosas responsáveis pelo comércio ilegal de entorpecentes. No que se refere ao conteúdo normativo da nova Lei de Drogas, Salo de Carvalho bem elucida que,

embora perceptíveis substanciais alterações no modelo legal de incriminação, notadamente pelo desdobramento da repressão ao comércio ilegal em inúmeras hipóteses típicas e pelo processo de descarcerização da conduta de porte para uso pessoal, é possível afirmar que a base ideológica da Lei nº 11.343/2006 mantém inalterado o sistema proibicionista inaugurado com a Lei nº 6.368/1976, reforçando-o.⁹

Outrossim, a Lei nº 11.343/2006 deixa ainda mais clara a diferenciação de tratamento penal entre consumidores e traficantes, dando respostas punitivas de natureza distinta, caracterizadas por um alto grau de repressão aos traficantes, que, via de regra, são penalizados com severo regime punitivo, condenados a penas privativas de liberdade fixadas entre cinco e quinze anos, ao passo que, ao usuário, visto sob um olhar patológico, são cominadas penas e medidas alternativas ao cárcere.

No que tange à política de guerra às drogas no Brasil, constata-se que o sistema proibicionista se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e, subsidiariamente, pela Ideologia da Segurança Nacional.

No que tange à Ideologia da Defesa Social, observa-se que a mesma foi sendo construída pelo saber oficial, constituindo-se em ideologia dominante

⁸ KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 136.

⁹ CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei nº 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140.

tanto na política criminal como também “no saber comum do homem da rua (*every day theories*) sobre a criminalidade e a pena”¹⁰.

Dessa maneira, a ideia de defesa social é difundida cotidianamente nos mais diversos meios sociais, sobretudo por meio da mídia, sendo explicada por alguns princípios definidores elencados por Alessandro Baratta, entre os quais se destacam o princípio do bem e do mal, princípio da culpabilidade, princípio da legitimidade e princípio do fim ou da prevenção¹¹.

Logo, o que se tem é que a pena será guiada por esta ideologia, posto influenciar sobremaneira a opinião do julgador quando da aplicação da pena¹².

Outrossim, a política proibicionista também se sustenta na Ideologia da Segurança Nacional. No que se refere a essa ideologia, constata-se que, enquanto no Brasil da década de 60, o conceito de defesa nacional se aproximava da ideia de luta contra o inimigo principal, que correspondia às “forças internas de agitação”¹³, isto é, aos opositores políticos, da década de 90 até os dias de hoje o inimigo interno está representado pelos excluídos sociais, em especial.

Dessa forma, a Doutrina de Segurança Nacional, nos tempos atuais e na nova ordem mundial marcada pelo capitalismo, elege como inimigos internos do regime os segmentos mais pauperizados e vulneráveis da sociedade.

Nos dizeres de Cecília Coimbra¹⁴, “são todos aqueles que os ‘mantenedores da ordem’ consideram ‘suspeitos’ e que devem, portanto, ser vigiados e, se necessário, eliminados”. Assim, tem-se uma legitimação social de uma crescente ampliação do poder punitivo, com a eliminação do criminoso por meio da coação direta das agências repressivas.

Nesse sentido, a política proibicionista, propagadora da guerra às drogas, é campo fértil da disseminação de um crescente poder punitivo, que de forma perigosa ameaça constantemente as garantias basilares de um Estado Demo-

¹⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 135-136.

¹¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

¹² PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p. 184.

¹³ COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2000.

¹⁴ COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2000.

crático de Direito, isto é, a ideologia da segurança nacional, na ampliação do desejo pelo poder punitivo, ultrapassa as barreiras das garantias constitucionais.

Diante deste cenário, a Doutrina da Segurança Nacional, em sua nova roupagem, corrobora para que se materialize um direito penal do inimigo, marcado pela seletividade do poder punitivo.

Desse modo, os indivíduos criminosos – em especial o traficante de drogas – são considerados inimigos da sociedade, de forma que o poder punitivo os discrimina dos demais membros da sociedade, tirando-lhes a condição de seres humanos, uma vez que são considerados apenas como entes perigosos ou daninhos.

Tal constatação é bastante preocupante, uma vez que o tratamento diferenciado de seres humanos privados da condição de pessoa, sendo estereotipados como inimigos da sociedade que devem ser eliminados, é próprio de um Estado absoluto, é dizer, não se coaduna com a essência política de um Estado de garantias, como é o Estado de Direito¹⁵.

Como afirma Vera Malaguti Batista, “os novos inimigos da ordem pública (ontem terroristas, hoje traficantes) são submetidos diuturnamente ao espetáculo penal, às visões de terror dos motins penitenciários e dos corredores da morte”¹⁶.

Nesse contexto, o traficante de drogas, assumindo o papel de inimigo da ordem social e de indivíduo perigoso, é por via oculta afastado da condição de cidadão, sendo-lhe dispensado qualquer tratamento humano que proteja seus direitos individuais. Assim, em meio à proliferação da política proibicionista de combate às drogas, o traficante recebe um tratamento penal diferenciado, sendo o principal alvo do controle punitivo.

Assim, a pena para o inimigo seria uma espécie de segurança contra fatos futuros; nos dizeres de Juarez Cirino dos Santos, “uma medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza da negação de validade da norma a pena pretende prevenir”¹⁷.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 11.

¹⁶ BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.84.

¹⁷ DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal do Inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*, p. 3. Acesso em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>.

De acordo com tal ideologia, o inimigo seria uma fonte de perigo, uma vez que suas atitudes fugiriam das regras do Direito, não acidentalmente, mas de forma duradoura, de tal modo que a finalidade da pena não é mais a garantia de vigência da norma, mas sim de proteção da existência da sociedade em face desses indivíduos, considerados entes dotados de alta perigosidade social.

Especialmente no que se refere à intervenção penal no campo das drogas, não é demasiado ressaltar que, no Brasil, a política proibicionista propagadora da guerra às drogas tem crescido vertiginosamente, provocando uma crescente ampliação do poder punitivo, sobretudo em relação ao tráfico de entorpecentes.

Como bem elucida Maria Lúcia Karam,

o Estado máximo, vigilante e onipresente atende, com as drogas qualificadas de ilícitas, à necessidade pós-moderna de criação de novos inimigos e fantasmas, que, como as bruxas e hereges de outrora, comovendo e assustando, ensejam a busca dos rigores da repressão, da maior intervenção do sistema penal.¹⁸

Nesse contexto, constata-se que dentro do Estado mínimo neoliberal há um simultâneo Estado máximo, vigilante e onipresente. O Estado máximo manipula a percepção dos riscos, o medo e os anseios de segurança, criando os denominados “pânicos morais” na sociedade, a qual se dirige contra os inimigos produzidos pelos processos de criminalização, em especial o traficante de drogas¹⁹.

Tais políticas de repressão à criminalidade conduzem a um autoritarismo que vem conquistando espaço nos Estados democráticos. Este novo autoritarismo, apontado por Zaffaroni, propaga-se nos meios de comunicação de massa e impõe uma propaganda emocional que proíbe denunciar e que, dado o seu caráter superficial, não sendo assumido como uma convicção profunda, mas sim como uma moda, é *cool*, em que “tudo se converteu em privação de liberdade sem sentença firme, apenas por presunção de periculosidade”²⁰.

¹⁸ KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. p.134.

¹⁹ KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 70.

Dessa forma, os indesejáveis, que pertencem às chamadas classes perigosas, não sofrem pena formal, visto que geralmente a cumprem na prisão cautelar. Como revela Maria Lúcia Karam, “por ser assim *cool*, esse autoritarismo não se revela aos olhos distraídos da maioria, que, voltada para seus cegos anseios de segurança, aprova e aplaude os avanços do poder punitivo concretizado na intervenção do sistema penal”²¹.

À luz da interpretação da criminologia crítica, que tem como base o interacionismo simbólico, segundo o qual “agências de controle refletem os estereótipos da opinião pública”²², a magistratura torna-se pressionada perante este novo autoritarismo, uma vez que eles também se encontram submetidos aos meios de comunicação social de massa, que a todo tempo reivindicam a ampliação do poder punitivo. De modo que a sentença que colide com esse discurso midiático corre o risco de ser estigmatizada, podendo o magistrado, a depender das circunstâncias, envolver-se em sérias dificuldades.

A constatação da mencionada vulnerabilidade se mostra preocupante, tendo em vista o papel do juiz como criador do Direito. Ora, considerando que a letra da lei não pode garantir de forma completa e com a necessária clareza a sua própria aplicação, abrindo espaço para avaliações subjetivas por parte do julgador, a fim de que seja efetivamente posta em prática, certo é que o magistrado assume o papel de criador do Direito.

Assim sendo, os juízes, na condição de agentes do controle social, tornam-se protagonistas do futuro do Direito Penal e apresentam um elevado poder de transformação da realidade social, podendo constituir na principal frente de resistência diante do novo autoritarismo *cool*, criando uma barreira ao aumento irracional da punitividade.

Ocorre que, como já apontado, no mais das vezes, a atitude subjetiva por parte do julgador, na condição de intérprete da lei, é voltada para a confirmação dos reclamos por medidas repressivas, em um verdadeiro incremento do populismo punitivo.

Em particular, no que se refere aos crimes envolvendo a política criminal de drogas, com destaque para o tráfico de entorpecentes, o que se observa é que os espaços de discricionariedade existentes na dosimetria da pena dão

²¹ KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

²² SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior*. Its sociological implications. New York: Harper & Row Publishers, 1971. p. 51.

abertura a um aumento do punitivismo, principalmente quando da análise das circunstâncias judiciais pelo julgador, que apresentam um alto grau de subjetividade.

Dessa forma, constata-se, como se verá adiante, que as sentenças, na maioria dos casos, utilizam em seus fundamentos ideias pautadas na política proibicionista de guerra às drogas, corroborando para que o traficante de entorpecentes seja visto como inimigo da sociedade, recebendo, por via de consequência, um tratamento diferenciado do sistema punitivo.

2 OS ESPAÇOS DE DISCRICIONARIEDADE NA DOSIMETRIA DA PENA: UMA ABERTURA AO PODER PUNITIVO

O objeto do presente estudo será a análise de conteúdo de duas sentenças prolatadas no âmbito da Justiça Federal, nos anos de 2012 e 2013, relativas ao delito de tráfico internacional de entorpecentes.

Será analisado, especificamente, o modo como foram valoradas as circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria da pena, a fim de se verificar se estão ou não presentes fundamentos que têm como plano de fundo a influência do populismo punitivo e da política criminal de guerra às drogas.

Com efeito, pretende-se compreender como os anseios sociais por punição podem ou não influenciar nas representações dos juízes sobre o traficante de drogas, dando margem a um possível aumento da punitividade quando da dosagem da pena-base²³.

Metodologicamente, a ferramenta utilizada foi a análise de conteúdo que é um conjunto de ferramentas utilizadas para extrair dados do texto e, a partir deles, elaborar inferências partindo de um marco teórico proposto²⁴.

Dessa forma, valendo-se do marco teórico da criminologia e das reflexões acerca do populismo punitivo, pretende-se inferir como são direcionados os espaços de discricionariedade na dosimetria da pena, especialmente quando da valoração das circunstâncias judiciais na primeira fase do sistema trifásico, consagrado no art. 68, *caput*, do Código Penal.

²³ A primeira sentença, relativa ao Processo nº 2012.4.05.8100, será chamada, para fins de facilitar a exposição, de sentença “A”. Já a segunda sentença, que corresponde ao Processo nº 2012.4.05.8300, será denominada de sentença “B”.

²⁴ BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977. p. 9.

Da análise do referido artigo constata-se que, para a aplicação da pena, devem ser seguidas três fases distintas, quais sejam: em primeiro lugar a valoração das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, seguida da análise das circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) e por fim das causas de aumento e diminuição de pena.

Assim, ao predeterminar as fases e os parâmetros para a fixação da pena, o Código Penal tem como finalidade exigir do julgador uma cuidadosa ponderação dos efeitos sociais da pena e das garantias constitucionais, em especial a garantia da individualização do castigo.

Ocorre que, não obstante haja a tentativa de se reduzir ao máximo o arbítrio por parte do juiz, ainda permanecem elevados os espaços de discricionariedade, notadamente quando da fixação da pena-base em virtude dos tipos penais abertos previstos no *caput* do art. 59 do Diploma Penal²⁵.

Vale salientar que a abertura existente na análise das circunstâncias judiciais objetivas e subjetivas decorre da falta de conceituação legal do significado concreto de cada uma dessas circunstâncias, bem como da falta de previsão em lei de uma fração de aumento ou diminuição da pena, tal como ocorre na segunda e terceira fase do sistema trifásico, ficando a critério do julgador o patamar de aumento de cada circunstância que considere desfavorável.

Como afirma Bitencourt, ao analisar as circunstâncias judiciais,

o Código não estabelece quais devem ser considerados favoráveis ou desfavoráveis ao réu, atribuindo tal função à natureza dos fatos e das circunstâncias, e conferindo ao juiz o dever de investigá-los durante a dilação probatória e, posteriormente, individualizá-los e valorá-los, na sentença.²⁶

São oito as circunstâncias judiciais que podem ser divididas em duas ordens de valoração: as circunstâncias objetivas, quais sejam circunstâncias e consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, que estão relacionadas a elementos externos do crime; e as circunstâncias subjetivas, que dizem respeito ao autor responsável pela conduta criminosa e que são a

²⁵ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 156.

²⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 637.

culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos do crime.

Entre tais circunstâncias merecem destaque as de ordem subjetiva, visto que possuem um maior grau de abstração, dando abertura para que aspectos psicológicos do julgador façam parte de sua motivação, podendo contribuir para um incremento do punitivismo.

Não obstante, será realizada uma breve análise acerca do conceito de todas as circunstâncias judiciais, bem como sobre a maneira como elas foram valoradas nas sentenças que são objeto do presente estudo.

Assim sendo, tem-se que a culpabilidade se relaciona com a censurabilidade da conduta. É a reprovabilidade pela resolução da vontade, uma qualidade negativa da ação; o que não implica em um “juízo de culpabilidade”, significando que a reprovabilidade está no juízo de quem julga. E por ser uma valoração negativa da vontade, e não a vontade em si mesma, ela pode ter graus de culpabilidade, segundo a importância que tenha a exigência do Direito e a facilidade ou dificuldade do autor em satisfazê-la²⁷.

Ocorre que, no plano fático, tal conceito é um tanto impreciso, assumindo as mais variadas conotações e, o que é mais grave, dando abertura para a majoração da pena-base por meio de referências vagas, não raras vezes presentes no alcance do tipo penal, sem a indicação de qualquer causa concreta que justifique o acréscimo da pena, além das elementares comuns ao próprio tipo.

A esse respeito, Salo de Carvalho²⁸ traz uma série de julgados que evidenciam a confusão conceitual acerca da culpabilidade, entre os quais vale destacar:

Quanto à culpabilidade, anoto que é alta, eis que o crime foi cometido com violência contra a pessoa. (STJ, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 84.050/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, J. 11.03.2008)

[...] foi intensa a sua culpabilidade, já que agiu interna e externamente visando resultado final lucrativo [...]. (STJ, 5ª Turma, Habeas Corpus nº 97.447/MG, Rel. Min. Felix Fischer, J. 01.04.2008)

²⁷ BRANDÃO, Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

²⁸ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 180.

A culpabilidade é acentuada, tendo em vista a instrução do réu (2º grau completo). (STJ, 6ª Turma, AgRg no Recurso Especial 753.419/RS, Relª Min. Jane Silva, Desembargadora Convocada do TJ/MG, J. 29 de abril de 2008)

No mais das vezes, há uma valoração da culpabilidade com fundamento na reprovabilidade intrínseca à própria conduta, utilizando-se de elementos vinculados ao próprio tipo penal, o que contribui para um aumento do punitivismo por parte do julgador, que foge à proporcionalidade.

Ademais, há uma tendência em abdicar do fato e julgar o autor, isto é, ao invés de se analisar o crime concretamente, é realizado um juízo pessoal acerca do criminoso, em um verdadeiro direito penal do autor. Ocorre, pois, uma violação ao princípio da secularização, uma vez que o magistrado se pauta em uma apreciação eminentemente moral das circunstâncias do crime ou do imputado.

De outra banda, a análise da circunstância judicial concernente à conduta social tem caráter comportamental, revelando-se pelo relacionamento do réu no seio social, familiar e profissional, isto é, tal circunstância guarda relação com o comportamento do indivíduo no mundo exterior que habita.

Ocorre que não é raro ver sentenças em que a referida circunstância é valorada negativamente em razão do passado criminoso do agente, confundindo-se o conceito de conduta social com maus antecedentes, em uma flagrante violação ao princípio *ne bis in idem*, que proíbe que o mesmo fato seja considerado em prejuízo do réu duas vezes.

A esse respeito, Ricardo Schmitt afirma que “mera suposição de envolvimento criminal não deve desabonar a conduta social do agente, uma vez que por vias inversas estaremos ferindo o disposto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal”²⁹.

Por sua vez, a circunstância concernente à personalidade do agente se expressa de diferentes maneiras, aferindo-se o comportamento, pensamento e emoções do sujeito. Assim, a personalidade pode ser definida como o conjunto de características psicológicas que determinam a individualidade pessoal e social de determinada pessoa.

²⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 129.

Sucedem que tal critério, além de possuir natureza controversa e volátil, “não apresenta, desde o modelo acusatório, possibilidades de verificabilidade processual pelo magistrado e pelas partes”³⁰. Isso porque se trata de circunstância afeta muito mais aos ramos da psicologia, psiquiatria ou antropologia do que ao direito, tornando-se difícil ao magistrado, para não dizer impossível, concretizar tal tarefa imposta pela lei.

Na prática, via de regra, o juiz só possui um contato pessoal próximo ao acusado na ocasião de seu interrogatório, fato que corrobora a difícil missão de se avaliar a personalidade do réu, pois, além de não ser profissional habilitado tecnicamente para tal tarefa, que está muito mais vinculada ao ramo da psicologia, o julgador só tem contato com o réu durante a audiência de instrução.

Assim sendo, o critério da personalidade do réu, como também a conduta social, constituem um terreno fértil para a ampliação do punitivismo judicial, abrindo espaço para valorações morais e impressões pessoais sobre o criminoso e o crime, bem como para violações a garantias legais e princípios constitucionais processuais.

Na avaliação da mencionada circunstância, também não é incomum que o magistrado, utilizando como argumento os envolvimento penais pretéritos do réu, majore de forma imprópria a pena-base, em uma clara violação ao princípio *ne bis in idem*, ou da proibição da dupla valoração.

A esse respeito, Salo de Carvalho expõe algumas decisões que tentam conceituar a circunstância personalidade, entre as quais vale ressaltar³¹:

Tendo em vista o modo de execução do delito, previamente ajustado entre quatro pessoas, com o uso de duas armas – revólver e faca – e, ainda, utilizando-se do estímulo à lascívia para atrair a vítima, atitude veemente imoral, demonstrando grave falha na formação do seu caráter. (STF, 1ª Turma, Habeas Corpus nº 92956-7/SP, Min. Cármen Lúcia, 01.04.2008)

Pelo fato de já ter sido condenado, responder a outras ações penais e voltar a delinquir demonstra personalidade

³⁰ CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 54.

³¹ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 184.

comprometida com o ilícito. (STJ, 5ª Turma, *Habeas Corpus* nº 90.513/DF, Relª Min. Laurita Vaz, J. 26.02.08)

Na análise das referidas circunstâncias nas sentenças em estudo, constata-se a volatilidade de tais conceitos, bem como a propensão do Judiciário em assumir uma postura punitiva.

Dessa forma, observa-se na magistratura uma propensão em aderir ao populismo punitivo, termo utilizado para demonstrar a mudança pela qual tem passado a política criminal atual, a qual tem sido marcada por amplos debates acerca do elástico do poder de punir.

Tais debates têm grande apoio dos meios de comunicação social de massa, que cotidianamente difundem no seio social a sensação de ansiedade, insegurança e medo iminente. Desse modo, há uma dramatização da violência e uma exasperação dos riscos sociais, provocando o clamor público por punição e, por via de consequência, o atendimento de tais reclamos sociais por parte dos atores judiciais.

Ademais, o apoio ao populismo punitivo se apresenta também na tendência conservadora por parte dos magistrados, os quais, não raras vezes, demonstram uma forte mentalidade inquisitorial, tornando-se reticentes à efetiva incorporação dos valores constitucionais em suas decisões.

Assim sendo, analisando as sentenças sob estudo, no que tange à aferição da pena-base, em primeiro lugar no que se refere à circunstância judicial atinente à culpabilidade, constata-se que a sentença “A” sequer fez menção a tal circunstância.

Isso porque o magistrado valorou tão somente as circunstâncias mencionadas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, segundo o qual “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”.

Sucedem que, muito embora as circunstâncias elencadas no mencionado artigo sejam preponderantes, tal fato não exclui a análise das demais circunstâncias do art. 59 do Diploma Penal.

Ademais, a eleição pelo legislador das circunstâncias do art. 42 da Lei de Drogas como preponderantes já revela uma mentalidade baseada na política criminal de guerra às drogas, dando ensejo para que haja um aumento dos

espaços de discricionariedade pelo julgador e, conseqüentemente, uma maior abertura ao aumento da punitividade.

Em outro passo, a sentença “B” considerou a culpabilidade do réu como desfavorável, com esteio no seguinte fundamento:

No caso *sub examine*, observa-se que o réu comentou, quando interrogado, que suspeitava de algo estranho na sua bagagem, em razão das circunstâncias em que esta lhe foi entregue, mas, mesmo assim, resolveu prosseguir a viagem de posse da mala carregada de substância entorpecente com destino à Europa. Assim sendo, o grau de reprovabilidade da conduta do réu mostra-se elevado.³²

Na presente situação, o magistrado entendeu ser desfavorável a circunstância relativa à culpabilidade, a fim de majorar a pena-base, tão somente tendo em vista a afirmação do réu de que suspeitava de algo estranho em sua bagagem, resolvendo, ainda assim, prosseguir com a viagem. Ocorre que tal circunstância não evidencia um grau de reprovabilidade mais acentuado de sua conduta, a ponto de a culpabilidade se mostrar elevada.

Observa-se, portanto, que há uma tendência entre os julgadores, nas duas sentenças, em assumir uma postura mais punitiva, quando da análise de tal circunstância.

No que se refere às circunstâncias judiciais concernentes à personalidade e à conduta social do agente, constata-se, na sentença “A”, uma propensão em se abdicar do fato e se julgar o autor, uma vez que é realizado um juízo pessoal acerca do criminoso em detrimento da análise dos fatos.

Senão, vejamos:

Quanto aos dois últimos – personalidade e a conduta social do agente –, deve-se registrar que a personalidade do condenado e a sua culpabilidade convergem a um juízo de reprovabilidade mais acentuado. Com efeito, o réu, em seu interrogatório, afirmou ter estudado até o décimo primeiro ano e já ter sido condenado por posse de cocaína. Nota-se, portanto, que se trata de pessoa

³² Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

instruída, plenamente ciente não só da ilicitude do crime de tráfico de entorpecentes, mas das consequências do mesmo.³³

No caso em tela, constata-se que a valoração negativa se deu em virtude de juízos morais acerca da personalidade do agente. Como já visto anteriormente, a valoração da personalidade é uma tarefa muito mais afeita aos profissionais da área de saúde que ao julgador, visto que este não possui capacidade técnica para a aferição de tal circunstância.

Com efeito, conforme afirma Rogério Greco³⁴, “a consideração da personalidade é ofensiva ao chamado *direito penal do fato*, pois prioriza a análise das características pessoais do seu autor”.

Outrossim, o magistrado fez referência ao passado criminoso do acusado para aferir a sua personalidade e conduta social, o que caracteriza violação ao princípio *ne bis in idem*, uma vez que os envoltimentos penais pretéritos do réu devem ser valorados quando da avaliação da circunstância judicial atinente aos antecedentes criminais.

Por outro lado, na sentença “B”, o julgador nada valorou acerca da conduta social e da personalidade do agente, alegando que

[...] nada consta que desabone sua conduta social, o mesmo se podendo concluir quanto à sua personalidade, em relação a qual, salvo o desvio criminoso em que incorreu, nada mais se pode deduzir de modo a agravar a reprimenda, neste aspecto.³⁵

Ademais, na nova Lei Antidrogas (Lei nº 11.343/2006), nos termos do art. 42, as circunstâncias judiciais relativas à conduta social e à personalidade do agente são consideradas preponderantes, o que demonstra que a volatilidade e a imprecisão de tais conceitos proporcionam, não raras vezes, um aumento do punitivismo judicial.

Nesse contexto, o traficante de drogas, assumindo a condição de inimigo interno da sociedade, é muitas vezes julgado pelo estereótipo que lhe é determinado, e não por meio de elementos concretos presentes nos autos, sendo

³³ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

³⁴ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 141.

³⁵ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

comum a majoração de sua pena com base em argumentos que evidenciam tão somente a gravidade em abstrato do crime, estabelecendo-se em plano inferior o princípio constitucional da individualização da pena.

A circunstância concernente aos motivos do crime, por seu turno, tem relação com as razões de ordem subjetiva que antecederam e levaram o agente à prática do ilícito penal, referindo-se, pois, à origem propulsora da vontade criminosa. Assim, de acordo com os motivos que levaram o réu a delinquir, sua conduta poderá ser mais ou menos reprovável aos olhos do julgador.

A respeito de tal circunstância, Ricardo Schmitt assevera que

Deve ser valorado tão somente o motivo que extrapole o previsto no próprio tipo penal, sob pena de incorrerem em *bis in idem*. O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância atenuante ou agravante, além de causa especial de diminuição ou de aumento de pena.³⁶

Assim, quando os motivos do crime são inerentes à própria espécie delitiva, não podem ser considerados desfavoravelmente pelo magistrado para exasperar a pena-base, sob pena de se incorrer em dupla valoração, vedada pelo ordenamento jurídico.

Na análise das sentenças, constata-se que a sentença “A” não fez menção aos motivos do crime. Isso porque, como já demonstrado, tal decisão apenas valorou, no momento da aferição da pena-base, as circunstâncias judiciais elencadas no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, não fazendo menção às demais circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal.

Tal postura demonstra um vício de motivação na decisão, maculando o dever constitucional de fundamentação das decisões judiciais, estabelecido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Ademais, a opção por analisar apenas as circunstâncias judiciais preponderantes previstas na Lei de Drogas evidencia que as representações judiciais sobre o traficante de drogas frequentemente estão pautadas na política criminal de *War on Drugs*, bem como nos anseios sociais por punição.

³⁶ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 134.

Em outro passo, a sentença “B” nada valorou acerca dos motivos do crime, considerando-os comuns ao próprio tipo penal, como se observa a seguir: “Como circunstância judicial, o motivo deve ser entendido como a razão de ser, a causa, o fundamento do crime perpetrado, sua mola propulsora. *In casu*, a motivação foi a vontade de lucro fácil, sendo comum ao delito em foco”³⁷.

No caso em apreço, observa-se que o magistrado da sentença “B” conceituou acertadamente o que seriam os motivos do crime, afirmando que a motivação do réu é comum à espécie delitiva em exame, evitando-se, assim, a valoração de elementos já presentes no tipo penal, isto é, a ocorrência de *bis in idem*.

No que se refere aos antecedentes criminais, estes dizem respeito ao histórico criminal do réu que não se preste para efeitos de reincidência. Ademais, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, somente revela ser possuidor de antecedentes criminais o agente que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado.

Dessa forma, inquéritos policiais e ações penais em andamento, bem como sentenças condenatórias ainda não transitadas em julgado, não podem ser considerados como maus antecedentes para a exacerbação da pena-base.

Ocorre que, no plano fático, tal definição é bastante controversa, existindo posicionamentos, até mesmo na Suprema Corte, que entendem não ser pressuposto para a caracterização dos maus antecedentes a condenação definitiva, dando ensejo ao aumento da pena-base, em uma afronta à garantia constitucional da não culpabilidade.

Nesse sentido, já afirmou o Supremo Tribunal Federal que

[...] os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência [...].³⁸

³⁷ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95585/RS. Rel^a Min. Ellen Gracie, 2^o T., J. 11.11.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

Analisando o conteúdo das sentenças sob estudo, observa-se que a sentença “A” nada valorou acerca dos antecedentes, não fazendo sequer menção a tal circunstância. Entretanto, houve referência ao passado criminoso do réu em momento indevido, ao considerar como desfavorável a personalidade do agente.

Senão, vejamos:

[...] deve-se registrar que a personalidade do condenado e a sua culpabilidade convergem a um juízo de reprovabilidade mais acentuado. Com efeito, o réu, em seu interrogatório, afirmou ter estudado até o décimo primeiro ano e já ter sido condenado por posse de cocaína.³⁹

Com efeito, o magistrado alega que o réu já foi condenado por posse de cocaína, conforme o mesmo afirmou no momento de seu interrogatório.

Sucedede que, para caracterização dos maus antecedentes, é preciso que haja sentença condenatória transitada em julgado, e, no caso em tela, não houve qualquer menção à certidão cartorária que comprove o trânsito em julgado da condenação do réu.

Ademais, como já explanado, a avaliação dos antecedentes criminais constitui circunstância judicial autônoma, que deve ser valorada no momento oportuno, não se confundindo com o conceito de personalidade do agente.

Por sua vez, a sentença “B” também não valorou os antecedentes criminais do réu, justificando que “trata-se de réu que não possui registros em seus antecedentes criminais”⁴⁰.

Quanto às circunstâncias judiciais objetivas, tem-se que as circunstâncias do crime são elementos acidentais que não estão definidos na lei penal, compreendendo as particularidades do caso concreto que ao juiz cabe ponderar.

Entre tais circunstâncias, que se relacionam com o *modus operandi* empregado na prática do delito, podem ser incluídos o lugar do crime, o relacionamento do agente com a vítima, as condições e modos de agir, o objeto utilizado, o tempo de duração da ação delituosa, entre outras.

³⁹ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

⁴⁰ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

De outra banda, as consequências do crime são os efeitos da conduta do agente, devendo ser valoradas negativamente apenas aquelas consequências que se sobrepõem ao fato típico, isto é, que causem uma lesão jurídica de maior intensidade à vítima, aos seus familiares ou à sociedade. Exemplo disso, costumeiramente dado pelos doutrinadores, é a morte de alguém casado e com filhos menores, de cujo trabalho todos dependiam para sobreviverem⁴¹.

Por outro lado, ao se analisar o comportamento da vítima, deve-se observar em que medida a vítima, com a sua atuação, interferiu no comportamento do réu. Desse modo, quando a vítima provoca ou facilita a conduta delitiva do agente, tal circunstância judicial pode ser avaliada como favorável ao acusado.

No que tange à análise das sentenças, observa-se que a sentença “A”, mais uma vez, não fez menção às referidas circunstâncias, visto que foram alvo de análise tão somente as circunstâncias preponderantes a que faz menção o art. 42 da Lei Antidrogas.

A sentença “B”, por seu turno, no que toca à circunstância atinente ao comportamento da vítima, elucidou que “pela própria qualidade da vítima (sociedade em geral), não há que se aludir a qualquer circunstância a ela atribuível que pudesse ter concorrido para a prática do crime em apreço”⁴².

Em relação às circunstâncias do crime, afirmou o magistrado que,

no tocante às circunstâncias, poder-se-ia considerar a elevada quantidade de cocaína (quatro quilos, aproximadamente), situação que revela alto risco de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, a saúde pública. Contudo, uma vez já sopesado tal aspecto negativo no item 77 *supra*, deixo de valorá-la.⁴³

Já no que se refere às consequências do crime, alegou que, “de seu turno, no que se refere às consequências do crime, são aquelas já implícitas ao tipo penal violado, qual seja, a disseminação do tráfico, devendo-se, contudo, lembrar que o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social”⁴⁴.

⁴¹ GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p. 142.

⁴² Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

⁴³ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

⁴⁴ Processo nº 0015971-58.2012.4.05.8300.

Com efeito, constata-se que não houve na sentença “B” qualquer valoração negativa no que tange às circunstâncias judiciais de natureza objetiva, evitando-se, portanto, a afronta ao princípio da proibição da dupla valoração, tão comumente violado nas decisões judiciais.

Nada obstante, o julgador, ao referir-se às consequências do crime, muito embora afirme que são elas comuns ao tipo penal violado, faz a ressalva de que “o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social”.

Assim sendo, o magistrado deixa evidente sua percepção sobre a gravidade do delito de tráfico de entorpecentes, demonstrando, ainda que de maneira implícita, quando da sua fundamentação, o apoio à política proibicionista de combate às drogas e a propensão em assumir uma postura punitiva.

Da análise de todas essas questões referentes às circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, pode-se inferir que a elevação da pena-base acima do mínimo legal deve ser fundamentada em aspectos concretos, sendo insuficiente a simples transcrição das mencionadas circunstâncias, sem qualquer referência ao caso concreto.

Dessa forma, o magistrado tem o dever e a necessidade de fundamentar suas decisões, calcando-se tal dever em verdadeira garantia expressa na Constituição Federal, em seu art. 93, inciso IX. Como afirma Guilherme Abrão, “só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder e, principalmente, se houve observância das regras do devido processo legal”⁴⁵.

Importante ressaltar que a motivação da decisão pelo julgador não é um ato unicamente racional, revestido de neutralidade, como muitas vezes se imagina, mas sim um ato dotado de certa subjetividade, uma vez que o magistrado sofre influência, consciente ou inconscientemente, de aspectos psicológicos ao prolatar sua decisão.

Assim, reconhecendo-se a existência de racionalidade e emoção na motivação, resta evidenciada a importância do cumprimento da garantia constitucional de fundamentação das decisões judiciais, sob pena de nulidade absoluta do processo em casos de vícios de motivação.

Como bem elucida Salo de Carvalho,

⁴⁵ ABRÃO, Guilherme Rodrigues; KLARMANN, Rafael; RIEGER, Renata Jardim da Cunha. Breves considerações sobre a garantia da fundamentação judicial: o mito da neutralidade. Requisitos e vícios da decisão. *Revista jurídica UNIGRAN*, Mato Grosso do Sul, v. 11, n. 22, jul./dez. 2009.

Na estrutura do direito penal e processual penal romano-germânico a única forma de controle do arbítrio judicial é através da análise dos argumentos que fundamentam as decisões. No caso específico da aplicação da pena, através da avaliação da forma pela qual o juiz justifica sua decisão, preenche as lacunas (tipos penais abertos), soluciona as contradições e define a quantidade e a qualidade de pena.⁴⁶

Nessa conjuntura, os magistrados, como um dos principais atores do sistema criminal, tornam-se protagonistas do futuro do Direito Penal, desempenhando função de grande relevância no campo da interpretação e da aplicação das leis, as quais possuem caráter abstrato e devem ser aplicadas com a maior coerência e proporcionalidade possíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio da análise das duas sentenças foi possível verificar a tendência dos magistrados de se utilizarem dos tipos abertos presentes na primeira fase da dosimetria da pena como forma de incremento do punitivismo.

Constatou-se, ainda, uma oposição entre os julgados, visto que, enquanto a sentença “A” adotou uma postura mais proibicionista no que tange ao tratamento do traficante de drogas, valorando unicamente as circunstâncias judiciais preponderantes presentes no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a sentença “B” considerou a maioria das circunstâncias do art. 59 do Código Penal como favoráveis ao réu.

Nada obstante, também na sentença “B” se observa uma propensão ao tratamento rigoroso quanto ao delito de tráfico de entorpecentes. Exemplo disso é quando o juiz afirma que “o tráfico é inesgotável fonte de mácula ao tecido social”, fazendo um juízo interno de valor sobre a gravidade em abstrato do crime.

No que diz respeito à fundamentação, anterior à dosimetria da pena, foi possível observar o quanto o populismo punitivo e a política criminal de guerra às drogas estão presentes na mentalidade do julgador.

⁴⁶ CARVALHO, Salo de. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 149.

Na sentença “A”, afirma o magistrado que “sabe-se que o tráfico internacional de drogas impulsiona o crime organizado em nosso país, fomentando a violência interna”⁴⁷.

Mais adiante, alega o julgador:

Sobre o ponto normalmente levantado pelas defesas de pessoas acusadas de tráfico internacional acerca da inexistência de lesão a bem jurídico de terceiro, impende destacar a lição de José Paulo Baltazar Júnior: “O bem jurídico protegido é a saúde pública” (STF, HC 74.287-4/PA, Maurício Corrêa, 2ª T., u., DJ 10.12.1999; Greco Filho: 83). Ademais, também de pacífico na doutrina que o bem jurídico protegido nos crimes de tráfico de droga e afins é a saúde pública, visto que o consumo de substâncias psicoativas prejudica a saúde dos usuários, levando-os, eventualmente, à morte, inclusive. Nesse sentido, Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi dispõem que “o bem jurídico protegido é a saúde pública. A deterioração da saúde pública não se limita àquele que a ingere, mas põe em risco a própria integridade social. O tráfico de entorpecentes pode ter, até, conotações políticas, mas basicamente o que a lei visa evitar é o dano causado à saúde pelo uso de droga. Para a existência do delito, não há necessidade de ocorrência do dano. O próprio perigo é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos”⁴⁸.

Com efeito, o juiz se utiliza de lições dos doutrinadores para atender aos reclamos sociais por medidas repressivas e, mais ainda, para justificar uma acentuada política criminal de guerra às drogas, defendendo um tratamento penal diferenciado para os traficantes de drogas, que são vistos como inimigos da sociedade e principais propagadores da violência interna no seio social.

⁴⁷ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

⁴⁸ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

Ao final da fundamentação anteriormente destacada, afirma o magistrado que o tráfico de entorpecentes é um delito de perigo presumido em caráter absoluto, inexistindo a necessidade de ocorrência de qualquer espécie de dano para a consumação do crime.

De tal afirmação se extrai a tendência em se assumir uma postura inquisitória no tratamento dos traficantes de drogas, uma vez que tais indivíduos são vistos como entes perigosos. Assim, os crimes por eles cometidos são considerados de periculosidade presumida, não raras vezes ficando em plano inferior o princípio constitucional da presunção da inocência e as demais garantias legais e processuais.

Ainda na sentença “A”, o magistrado faz alusão a um Relatório sobre a Droga no Mundo (“World Drug Report”), realizado pela Organização das Nações Unidas no ano de 2009, que corrobora a visão da gravidade do crime de tráfico de entorpecentes, especialmente nas Américas, ao afirmar que *“drug trafficking is just one of the many crime issues confronting the region, of course, but it is largest one, and perhaps the most difficult”*⁴⁹.

Assim sendo, constata-se o discurso hegemônico da droga como a grande ameaça à saúde pública e à ordem social está presente no Judiciário, incentivando uma guerra declarada de combate às drogas e um aumento do populismo punitivo nas decisões judiciais.

Outrossim, no que tange à dosimetria da pena, verificou-se que a falta de disposições claras na legislação penal sobre a conceituação e a forma de valoração das circunstâncias judiciais presentes na primeira fase da aplicação da pena dá ensejo, na atual conjuntura político-criminal, a um aumento do punitivismo, provocando um encarceramento massivo.

Com efeito, a existência de conceitos vagos e lacunosos, tais como conduta social e personalidade do agente, corrobora para que as percepções psicológicas do julgador sobre o crime e o criminoso sejam utilizadas a fim de majorar a pena-base.

De maneira mais especial, no que se refere ao delito de tráfico de entorpecentes, a volatilidade de tais conceitos se torna ainda mais grave, visto que, como já demonstrado, a personalidade e conduta social são consideradas circunstâncias judiciais preponderantes (art. 42 da Lei nº 11.343/2006).

⁴⁹ Processo nº 0011073-20.2012.4.05.8100.

Dessa forma, pode-se compreender, por meio do estudo das referidas sentenças, como o populismo punitivo, alavancado pelos discursos midiáticos e pelo medo e insegurança populacionais, associado a uma política criminal de guerra às drogas, pode influenciar no comportamento da magistratura, a qual passa a assumir um papel ativo no combate à criminalidade.

Nessa perspectiva, o ativismo judicial legitima as reformas punitivas e dá abertura para que as classes perigosas, também chamadas de indesejáveis, a exemplo do traficante de drogas, sejam severamente punidas, não raras vezes desprezando-se os princípios e garantias constitucionais.

Por fim, nada obstante a vulnerabilidade dos juízes ante o cenário de populismo punitivo atualmente vivenciado, não se deve olvidar que os magistrados, na condição de atores do sistema penal, constituem a principal frente de resistência diante do avanço do punitivismo.

Assim sendo, os operadores do Direito consistem um forte instrumento de transformação da realidade social e de enfrentamento das violações dos direitos humanos, tão arduamente conquistados, tornando-se, pois, protagonistas do futuro do Direito Penal.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

BARDIN, Laurence. *Análise de conteúdo*. Lisboa: Edições 70, 1977.

BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral* 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO. Cláudio. *Teoria Jurídica do Crime*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 95585/RS. Rel^a Min. Ellen Gracie, 2^a T., Julgado em: 11.11.2008. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/juris/unificada>>. Acesso em: 24 mar. 2014.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo de. *Aplicação da pena e garantismo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. *Política Criminal de Drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/2006*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *O papel dos atores do Sistema Penal na Era do Punitivismo: o exemplo privilegiado da aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COIMBRA, Cecília Maria Bouças. Doutrinas de Segurança Nacional: banalizando a violência. *Psicologia em Estudo*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 1-22, 2000.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito Penal do Inimigo - ou o discurso do direito penal desigual*, p. 3. Acesso em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>.

GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 95-113, jan./jun. 2006.

_____. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PINTO, Alessandro Nepomoceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória: teoria e prática*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

SCHUR, Edwin M. *Labeling Deviant Behavior*. Its sociological implications. New York: Harper & Row Publishers, 1971.

TORON, Alberto Zaccharias. et al. *Drogas: aspectos penais e criminológicos*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ATOS DANOSOS COMETIDOS POR MENORES NA INTERNET: RESPONSABILIDADE DO GUARDIÃO OU RESPONSABILIDADE DOS PAIS?

HARMFUL ACTS COMMITTED FOR MINORS IN INTERNET: LIABILITY OF BOTH PARENTS OR ONLY OF GUARDIAN?

Fabiana Pagel da Silva¹

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

Elisabete Maria Kirschke

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

RESUMO: Cada vez mais presente na vida doméstica brasileira, a Internet permite a participação ativa de crianças e adolescentes, influenciando na vida de terceiros e impondo que se discuta acerca da responsabilidade pelos danos decorrentes de atos danosos por estes cometidos, seja por meio de mensagens caluniosas, *bullying* virtual ou mesmo pela disseminação de vírus. E, embora o ordenamento jurídico brasileiro enfrente de forma direta a responsabilidade paterna por atos de seus filhos, definindo-a como objetiva nos arts. 932, I, e 933 do Código Civil, há divergência jurisprudencial e doutrinária no que concerne à responsabilidade do pai

não guardião. Tal situação é enfrentada no presente artigo, confrontando as noções de guarda e poder familiar diante desta nova realidade de atos danosos, na intenção de verificar, sem pretender encerrar a questão, se há brecha em nosso ordenamento para a responsabilização de ambos os pais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; direito de família; guarda; poder familiar; Internet.

ABSTRACT: *Increasingly present in Brazilian homes, the Internet enables the active participation of children and adolescents, influencing the lives of others and imposing that argue about liability for*

¹ Especialista em Responsabilidade Civil pela Unisinos.

damages caused by harmful acts committed by them, either through slanderous messages, bullying virtual or even the spread of viruses. And although the Brazilian legal system faces a direct parental responsibility for acts of their children, defining it as objective in arts. 932, I, and 933 of the Civil Code, there are doctrinal and jurisprudential disagreement regarding the responsibility of the parent not guardian. This situation is addressed in this article, confronting notions of custody and parental authority before this new reality of harmful acts, in order to verify, without attempting to close the question, whether there is gap in our legal order for the accountability of both parents.

KEYWORDS: *Liability; family law; custody; family power; Internet.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade dos pais por atos de seus filhos nos Códigos de 1916 e 2002 e a difícil interpretação dos artigos 932, I, e 933 do Código Civil vigente; 2 Atos danosos cometidos pelos filhos na rede internacional de computadores – Responsabilidade de ambos os pais ou apenas do guardião?; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The parents' liability for acts of their children in 1916 and 2002 Codes and the difficult interpretation of the artigos 932, I, and 933 the current Civil Code; 2 Harmful acts committed by children in the international network of computers – Liability of both parents or only of guardian?; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Internet, ou rede mundial de computadores, quase inexistente na vida doméstica há cerca de dez anos, hoje se apresenta como uma constante nas atividades familiares, por vezes consumindo mais tempo dos filhos do que as atividades com os demais familiares.

Pesquisa TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação), realizada pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil e pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação, no ano de 2010, com 2.516 crianças na faixa etária entre 5 e 9 anos de idade, que constituem 8,3% da população brasileira, verificou que 51% das crianças usam o computador, sendo que 27% usam a Internet e, destes, 1/3 utiliza as redes sociais e 25% já se comunicaram pelo MSN com amigos e parentes, enquanto 10% já enviaram *e-mail*. Entre as crianças e adolescentes com 10 anos ou mais, 41% já utilizaram a Internet.

No entanto, quanto ao primeiro grupo, é interessante observar a desproporção entre a visão dos pais e a dos filhos sobre a utilização da Internet, pois, enquanto 27% das crianças dizem ter utilizado a Internet, apenas 24% dos pais informaram tal dado sobre os seus filhos, ou seja, o restante sequer tem

ATOS DANOSOS COMETIDOS POR MENORES NA INTERNET: RESPONSABILIDADE DO GUARDIÃO OU RESPONSABILIDADE DOS PAIS?

HARMFUL ACTS COMMITTED FOR MINORS IN INTERNET: LIABILITY OF BOTH PARENTS OR ONLY OF GUARDIAN?

Fabiana Pagel da Silva¹

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

Elisabete Maria Kirschke

Juíza de Direito no Rio Grande do Sul

RESUMO: Cada vez mais presente na vida doméstica brasileira, a Internet permite a participação ativa de crianças e adolescentes, influenciando na vida de terceiros e impondo que se discuta acerca da responsabilidade pelos danos decorrentes de atos danosos por estes cometidos, seja por meio de mensagens caluniosas, *bullying* virtual ou mesmo pela disseminação de vírus. E, embora o ordenamento jurídico brasileiro enfrente de forma direta a responsabilidade paterna por atos de seus filhos, definindo-a como objetiva nos arts. 932, I, e 933 do Código Civil, há divergência jurisprudencial e doutrinária no que concerne à responsabilidade do pai

não guardião. Tal situação é enfrentada no presente artigo, confrontando as noções de guarda e poder familiar diante desta nova realidade de atos danosos, na intenção de verificar, sem pretender encerrar a questão, se há brecha em nosso ordenamento para a responsabilização de ambos os pais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade civil; direito de família; guarda; poder familiar; Internet.

ABSTRACT: *Increasingly present in Brazilian homes, the Internet enables the active participation of children and adolescents, influencing the lives of others and imposing that argue about liability for*

¹ Especialista em Responsabilidade Civil pela Unisinos.

damages caused by harmful acts committed by them, either through slanderous messages, bullying virtual or even the spread of viruses. And although the Brazilian legal system faces a direct parental responsibility for acts of their children, defining it as objective in arts. 932, I, and 933 of the Civil Code, there are doctrinal and jurisprudential disagreement regarding the responsibility of the parent not guardian. This situation is addressed in this article, confronting notions of custody and parental authority before this new reality of harmful acts, in order to verify, without attempting to close the question, whether there is gap in our legal order for the accountability of both parents.

KEYWORDS: *Liability; family law; custody; family power; Internet.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A responsabilidade dos pais por atos de seus filhos nos Códigos de 1916 e 2002 e a difícil interpretação dos artigos 932, I, e 933 do Código Civil vigente; 2 Atos danosos cometidos pelos filhos na rede internacional de computadores – Responsabilidade de ambos os pais ou apenas do guardião?; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The parents' liability for acts of their children in 1916 and 2002 Codes and the difficult interpretation of the artigos 932, I, and 933 the current Civil Code; 2 Harmful acts committed by children in the international network of computers – Liability of both parents or only of guardian?; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Internet, ou rede mundial de computadores, quase inexistente na vida doméstica há cerca de dez anos, hoje se apresenta como uma constante nas atividades familiares, por vezes consumindo mais tempo dos filhos do que as atividades com os demais familiares.

Pesquisa TIC (Tecnologias de Informação e Comunicação), realizada pelo Comitê Gestor de Internet no Brasil e pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação, no ano de 2010, com 2.516 crianças na faixa etária entre 5 e 9 anos de idade, que constituem 8,3% da população brasileira, verificou que 51% das crianças usam o computador, sendo que 27% usam a Internet e, destes, 1/3 utiliza as redes sociais e 25% já se comunicaram pelo MSN com amigos e parentes, enquanto 10% já enviaram *e-mail*. Entre as crianças e adolescentes com 10 anos ou mais, 41% já utilizaram a Internet.

No entanto, quanto ao primeiro grupo, é interessante observar a desproporção entre a visão dos pais e a dos filhos sobre a utilização da Internet, pois, enquanto 27% das crianças dizem ter utilizado a Internet, apenas 24% dos pais informaram tal dado sobre os seus filhos, ou seja, o restante sequer tem

noção da utilização da Internet por seus filhos, proporção que cresce quando se trata da utilização de computador pelo filho (51% para 43%). Destacam-se, ainda, os dados de que 21% das crianças aprenderam a utilizar a Internet sozinhas e, sem que se apresente surpreendente, 39% costumam utilizar a Internet sem a presença de pais ou parentes, sendo que 21% fazem uso no próprio quarto, enquanto apenas 18% costumam utilizá-la na presença dos pais - observe-se que a pesquisa se refere a crianças entre 5 e 9 anos. Por outro lado, consta que 44% dos computadores são utilizados na sala de estar. Observou-se, ainda, que entre os pais usuários de Internet há maior preocupação e controle do uso pelos filhos, com conversa para orientar sobre o uso, a proximidade durante o uso, a verificação das páginas visitadas pelos filhos e, até mesmo, o bloqueio de páginas. Considerado o total de usuários, todavia, cerca de 21% não controlam nem restringem o uso da Internet pelos filhos².

Tais dados apenas expressam a realidade de uma geração que, nascida já na era da computação, sempre a teve presente em seu dia a dia. É possível destacar-se dois problemas: em primeiro, a ausência de temor das consequências e dos erros em seus atos na Internet por parte dos filhos, gerada pelo falso anonimato que o distanciamento físico faz crer; em segundo, a considerável ausência de conhecimento pelos pais acerca dos atos dos filhos na rede mundial de computadores, embora tal questionamento não tenha sido feito de forma direta aos genitores.

Neste contexto, recentemente foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul a sentença de procedência proferida em ação ajuizada contra mãe por atos de seu filho na Internet, que havia criado *flog*³ com o intuito de inserir comentários inferiorizantes em relação à colega, chamando a atenção o fato de não haver qualquer referência à responsabilidade decorrente da guarda materna⁴. Nas decisões de primeiro e segundo graus, o caso é tratado

² Pesquisa TIC Crianças 2010, CGI.br - Comitê Gestor da Internet no Brasil NIC.br - Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR CETIC.br - Centro de Estudos sobre as Tecnologias da Informação e da Comunicação.

³ Diário eletrônico de fotos.

⁴ Sentença prolatada pela Juíza Dra. Taís Culau de Barros, no Processo nº 009/1.07.0007296-3, Comarca de Carazinho. Acórdão assim ementado: "APELAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - INTERNET - USO DE IMAGEM PARA FIM DEPRECIATIVO - CRIAÇÃO DE FLOG - Página pessoal para fotos na rede mundial de computadores. Responsabilidade dos genitores. Pátrio poder. *Bullying*. Ato ilícito. Dano moral *in re ipsa*. Ofensas aos chamados direitos de personalidade. MANUTENÇÃO DA INDENIZAÇÃO - PROVIDOR DE INTERNET - SERVIÇO DISPONIBILIZADO - COMPROVAÇÃO DE ZELO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PELO CONTEÚDO - AÇÃO - RETIRADA

sob a óptica da propriedade sobre o computador do qual partiu a criação do *blog*, quase se aproximando da responsabilidade pela coisa perigosa, fazendo surgir a questão sobre os pressupostos para a configuração da responsabilidade paterna por atos danosos cometidos pelos filhos na Internet, desde a disseminação de vírus até a própria calúnia e difamação por meio virtual⁵.

Facilmente resolvida em se tratando de pais casados, a aferição da responsabilidade revela maior dificuldade e controvérsia nos casos de atos praticados por filhos de pais separados, especialmente quanto se verifica a guarda unilateral de um dos cônjuges. Nesse caso, a problemática aqui proposta não abrange a discussão sobre o que configura *bullying*, tema muito em voga

DA PÁGINA EM TEMPO HÁBIL - PRELIMINAR AFASTADA - DENUNCIAÇÃO DA LIDE - AUSÊNCIA DE ELEMENTOS - [...] Apelo da ré do dano moral. IV - A doutrina moderna evoluiu para firmar entendimento acerca da responsabilidade civil do ofensor em relação ao ofendido, haja vista desgaste do instituto proveniente da massificação das demandas judiciais. O dano deve representar ofensa aos chamados direitos de personalidade, como à imagem e à honra, de modo a desestabilizar psicologicamente o ofendido. V - A prática de *bullying* é ato ilícito, haja vista compreender a intenção de desestabilizar psicologicamente o ofendido, o qual resulta em abalo acima do razoável, respondendo o ofensor pela prática ilegal. VI - Aos pais incumbe o dever de guarda, orientação e zelo pelos filhos menores de idade, respondendo civilmente pelos ilícitos praticados, uma vez ser inerente ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932 do Código Civil. Hipótese em que o filho menor criou página na Internet com a finalidade de ofender colega de classe, atrelando fatos e imagens de caráter exclusivamente pejorativo. VII - Incontroversa ofensa aos chamados direitos de personalidade do autor, como à imagem e à honra, restando, ao responsável, o dever de indenizar o ofendido pelo dano moral causado, o qual, no caso, tem natureza *in re ipsa*. [...] Apelos desprovidos" (Apelação Cível nº 70031750094, 6ª Câmara Cível, Relª Desª Liége Puricelli Pires, J. 30.06.2010). Também destaca-se o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, na Apelação Cível nº 100.007.2006.011349-2, julgada em 20.08.2008, assim ementado: "Indenizatória. Danos morais. Comunidade virtual. Divulgação, por menores, de mensagens depreciativas em relação a professor. Identificação. Linguagem chula e de baixo calão. Ameaças. Ilícito configurado. Ato infracional apurado. Cumprimento de medida sócio-educativa. Responsabilidade dos pais. Negligência ao dever legal de vigilância. Os danos morais causados por divulgação, em comunidade virtual (*Orkut*) de mensagens depreciativas, denegrindo a imagem de professor (identificado por nome), mediante linguagem chula e de baixo calão, e com ameaças de depredação a seu patrimônio, devem ser ressarcidos. Incumbe aos pais, por dever legal de vigilância, a responsabilidade pelos ilícitos cometidos por filhos incapazes sob sua guarda" (Disponível em: <www.tj.ro.gov.br>. Acesso em: 3 jan. 2012).

⁵ Recentemente, foi divulgada notícia de nova decisão judicial acerca do tema, tratando-se de sentença proferida na Comarca de Ponta Grossa, Paraná, em que os pais foram condenados a indenizar uma adolescente e seu irmão em razão de suas filhas, na época com cerca de 12 anos de idade, terem alterado a senha da colega, passando a inserir fotos e descrições pessoais diferentes da garota, inclusive com comentários de cunha pessoal. Em decorrência de tais atos, a vítima teria sofrido chacotas na escola, parou de frequentar as aulas, necessitou de atendimento psicológico e mudou de colégio, fatos que teriam atingido também seu irmão mais novo. O processo tramita em Segredo de Justiça e se encontra em fase recursal. Informações extraídas e disponíveis no *site*: <<http://www.fatonotorio.com.br>>, acesso em: 14 mar. 2012.

atualmente, mas, a partir da análise do caso *supra* e reconhecida a responsabilidade materna decorrente da guarda, se há espaço para a responsabilidade do pai não guardião?

Com o presente trabalho pretende-se discutir a responsabilidade dos pais separados por atos danosos, cometidos pelos filhos na rede internacional de computadores – Internet –, relacionando-a à guarda e aos deveres inerentes ao poder familiar, para fins de (tentar) delimitar as possibilidades de responsabilização.

1 A RESPONSABILIDADE DOS PAIS POR ATOS DE SEUS FILHOS NOS CÓDIGOS DE 1916 E 2002 E A DIFÍCIL INTERPRETAÇÃO DOS ARTIGOS 932, I, E 933 DO CÓDIGO CIVIL VIGENTE

A questão relativa à responsabilidade civil por atos cometidos na rede mundial de computadores tem aparecido de forma frequente nos Tribunais nos últimos anos, não sendo sua solução de todo estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que é possível resolvê-la pela aplicação do princípio geral do *neminem non laedere*, positivado no art. 186 do Código Civil, ou mesmo pela vedação ao abuso do direito, posta no art. 187 do Código Civil.

De forma sucinta, Carlos Roberto Gonçalves refere que a responsabilidade civil na Internet

pode derivar de inúmeros atos ilícitos, sendo de se destacar os que dizem respeito à concorrência desleal, à violação da propriedade intelectual, ao indevido desrespeito à intimidade, ao envio de mensagens não desejadas e ofensivas da honra, à divulgação de boatos infamantes, à invasão de caixa postal, ao envio de vírus etc. Identificado o autor, responde ele civilmente pelos prejuízos causados a terceiros. Especialmente no caso da transmissão ou retransmissão de vírus, demonstrada a culpa ou dolo do agente e identificado o computador, presume-se que o proprietário do equipamento, até prova em contrário, é o responsável pela reparação dos prejuízos materiais e morais, nos termos do art. 5º, X, da Constituição Federal.⁶

⁶ *Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 150.

Já a responsabilidade paterna por atos de seus filhos – entendida tal expressão como de pai e mãe – vinha disposta no art. 1.521 do Código Civil de 1916, da seguinte forma: “Art. 1.521. São também responsáveis pela reparação civil: I – Os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia. [...]”. Já o art. 1.523 do Código definiu-a como responsabilidade subjetiva, dispondo o seguinte: “Art. 1.523. Excetuadas as do art. 1.521, nº V, só serão responsáveis as pessoas enumeradas nesse e no art. 1.522, provando-se que elas concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte”.

Portanto, nos primeiros anos da vigência do Código, cabia à vítima a comprovação não apenas dos atos do filho e dos demais elementos da responsabilidade civil em relação a esta, mas também da culpa *lato sensu* dos pais, situação que somente se modificou em 1927 – Decreto nº 17.943/1927 –, com a edição do Código de Menores, o qual trouxe a figura da culpa presumida em seus arts. 68, § 4º, e 74, invertendo o ônus da prova, de forma que cabia aos pais a prova da ausência de culpa ou negligência de sua parte. Tal dispositivo era interpretado pela doutrina e jurisprudência da época como responsabilidade subjetiva com culpa presumida, pela aplicação da *culpa in vigilando*, de forma que a responsabilidade caberia ao pai que tivesse sob o filho o dever de vigilância, ou seja, enquanto mantido o poder familiar.

Clarissa Costa de Lima, em artigo intitulado “Responsabilidade dos pais pelos atos dos filhos no antigo e no novo Código Civil”, refere:

[...] Tratava-se de responsabilidade fundada no art. 159, ou seja, de natureza subjetiva que é a marca da responsabilidade civil em nosso código originário. A culpa, contudo, é atribuída aos pais (ou pessoa que esteja exercendo sua função) pelo fato de não educarem, instruírem ou vigiarem suficientemente seus filhos. Não é pressuposto da responsabilidade a culpa do menor, a culpa e a responsabilidade são próprias do genitor, não havendo que se perquirir se os menores são delitualmente capazes ou não.⁷

No entanto, não havendo previsão para separação judicial e divórcio à época da edição do Código Civil de 1916, este também nada referia em relação à responsabilidade dos pais separados por atos praticados por seus filhos,

⁷ Revista *Ajuris*, n. 96, p. 55-68, p. 56.

embora o célebre Aguiar Dias já antevisse a ampliação da responsabilidade paterna, mencionando a restrição da jurisprudência em aceitar excludentes da responsabilidade paterna, “no sentido de encarar com maior severidade a responsabilidade dos pais e diretores de estabelecimentos de educação...”⁸.

Com a evolução da teoria objetiva da responsabilidade nos mais diversos ramos, o Código Civil de 2002 também a inseriu no tópico relativo à responsabilidade por atos de terceiros, e, mais especificamente, da responsabilidade dos pais por atos de seus filhos, dispondo o art. 932 do vigente Código Civil, *in verbis*: “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; [...]”, e o subsequente art. 933: “Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Trata-se de responsabilidade por atos de terceiro, transpondo a noção de que a responsabilidade é individual, com a finalidade de privilegiar a vítima e o seu direito à reparação pelos danos sofridos.

Assim, seriam pressupostos para a responsabilidade civil solidária e objetiva dos pais a menoridade do filho e a manutenção do poder familiar e, entre os seus atributos, ter o genitor a guarda do filho, visto a exigência posta no art. 932, I, *in fine*, do Código Civil: “[...] e em sua companhia”.

Há, no entanto, divergência doutrinária e jurisprudencial acerca de tais pressupostos, havendo uma minoria defensora da responsabilidade objetiva vinculada ao poder familiar, considerada a teoria do risco criado, pelo simples fato de terem posto o filho no mundo, enquanto a posição majoritária considera que a referência *supra* limita a responsabilidade ao pai que tem o filho sob a sua guarda. O dilema decorrente da leitura de tais dispositivos legais é explícito em artigo publicado pelo Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, intitulado “Guarda de menores e responsabilidade civil”:

[...] Chama a atenção, em princípio, a aparente contradição entre a regra da responsabilidade objetiva dos pais ou responsáveis, consagrada no art. 933, e a responsabilização exclusiva daquele que tem o menor em sua companhia, nos termos do inciso I do art. 932. A incompatibilidade decorre do fato de que, enquanto a

⁸ *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 745.

primeira afasta por completo a noção de culpa decorrente da infração ao dever de vigilância, a segunda, por tornar responsável apenas aquele que tem o menor junto a si, aparentemente vincula a responsabilidade à noção de culpa *in vigilando*. No entanto, se a responsabilidade, no caso, não está mais ligada à culpa, não se atina a razão pela qual fica ela restrita apenas ao genitor que tiver o filho em sua companhia! Isso porque, na conformidade do art. 933, não é exatamente do dever de vigilância (ligado à guarda) que decorre sua responsabilidade, aproximando-se mais da teoria do risco, segundo a qual quem põe filhos no mundo assume o risco pelos danos que estes, enquanto incapazes, possam causar a terceiros. E isso independentemente de tê-los ou não sob sua guarda.⁹

Segundo o mencionado doutrinador, tal exegese não é a que melhor harmoniza referidos dispositivos, pois o inciso I do art. 932 é suficientemente esclarecedor ao atribuir a responsabilidade civil apenas a quem tem o incapaz em sua companhia, acrescentando:

O que define, portanto, a responsabilidade dos pais é a circunstâncias de ter o filho sob sua esfera de vigilância, mesmo que apenas jurídica e não fática. Divergimos, por isso, em parte, de Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri quando afirmam que “os pais terão que indenizar simplesmente porque são pais do menor causador do dano”, o que se aplica, é certo, quando ambos os pais detém a guarda, porém não quando esta se encontra atribuída exclusivamente a um deles.¹⁰

Dentro deste contexto, a regra do art. 932, I, do Código Civil é frequentemente utilizada na jurisprudência para afastar a responsabilidade do genitor que não possui a guarda do filho que praticou o ato lesivo, como se observa na ementa a seguir:

⁹ Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-guarda-de-menores-e.html>>, publicado em janeiro de 2006. Acesso em: 15 jan. 2011.

¹⁰ Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-guarda-de-menores-e.html>>, publicado em janeiro de 2006. Acesso em: 15 jan. 2011.

RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MATERIAL E MORAL - HOMICÍDIO PRATICADO POR MENOR - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS PAIS - PENSÃO ALIMENTÍCIA - Os pais são solidariamente responsáveis pela reparação civil do ato ilícito praticado pelo filho menor. No entanto, estando este sob a guarda materna, o pai é parte ilegítima para responder a ação. Aplicação dos arts. 1.521 e 1.518, parágrafo único, do CC de 1916, então vigente. Comportamento social e familiar inadequado da vítima que não justificam sua morte, nem afastam o dano moral suportado por seus pais, consubstanciado na dor ou sofrimento pela perda do filho. A condenação dos réus, no pagamento de pensão aos pais da vítima, está condicionada à prova de que a mesma contribuía para o sustento familiar, nas circunstâncias, inexistente. De acordo com o art. 4º da Lei nº 1.060/1950, a parte gozará da gratuidade de justiça, mediante simples afirmação de que não está em condições de arcar com as custas processuais e honorários, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Benefício da gratuidade de justiça alcançado aos réus. Voto vencido do vogal em parte. Apelo do autor desprovido, por maioria. Apelo dos réus provido, em parte.¹¹

Tal posicionamento difere da orientação do Superior Tribunal de Justiça em alguns julgados, ainda que estes não se refiram a atos cometidos na rede mundial de computadores. Ainda sob a égide do Código Civil de 1916, em processo no qual se discutia a responsabilidade dos pais por atos do filho que vitimou terceira pessoa utilizando-se de revólver da mãe, o Superior Tribunal de Justiça afastou a responsabilidade do pai que não detinha a guarda do filho, mas o fez ressaltando tratar-se de situação excepcional, na qual evidente a culpa da genitora, fixando o seguinte posicionamento:

¹¹ Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível nº 70006639579, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Leo Lima, J. 15.03.2004. Ver, no mesmo sentido, os seguintes precedentes: TJSP, Apelação nº 9134282122006826; TJRN, Apelação Cível nº 112364; TJSP, Apelação Cível nº 994071163110; TJRO, Apelação Cível nº 10001420070042033.

A responsabilidade dos pais, portanto, se assenta na presunção *juris tantum* de culpa e de culpa *in vigilando*, o que, como já mencionado, não impede de ser elidida se ficar demonstrado que os genitores não agiram de forma negligente no dever de guarda e educação. Esse é o entendimento que melhor harmoniza o contido nos arts. 1.518, parágrafo único, e 1.521, inciso I, do Código Civil de 1916, correspondentes aos arts. 942, parágrafo único, e 932, inciso I, do novo Código Civil, respectivamente, em relação ao que estabelecem os arts. 22 do Estatuto da Criança e do Adolescente, e 27 da Lei nº 6.515/1977, este recepcionado no art. 1.579 do novo Código Civil, a respeito dos direitos e deveres dos pais em relação aos filhos.

[...]

“Pedi os autos para leitura e verifiquei que, no processo de apuração da infração do adolescente, cuja cópia ali se encontra, vê-se que ele, além de dar um tiro na vítima pelas costas, disparou mais três vezes contra a vítima, ou seja, mostrando que queria realmente matar. *O mais grave é que a mãe, advogada, comprara a arma três ou quatro dias antes do fato, a qual o filho acabou utilizando. Inclusive, comprou o revólver de modo irregular e guardou-o sem qualquer cautela. Se a mãe não tivesse a arma em casa, no armário, por certo não haveria ocorrido esta ação tão violenta do rapaz.*” (fls. 625/626) (grifo acrescentado)

No presente caso, sem adentrar-se no exame das provas, pela simples leitura da decisão recorrida, tem-se claramente que a genitora assumiu o risco da ocorrência de uma tragédia, ao comprar, três ou quatro dias antes do fato, o revólver que o filho utilizou para o crime, arma essa adquirida de modo irregular e guardada sem qualquer cautela (fls. 625/626).

Essa realidade, narrada no voto vencido do v. acórdão recorrido, deixa bem acentuado o risco a que se expôs

a genitora, ao levar para a sua casa, na qual residia com seu filho, uma arma de fogo que foi guardada sem as devidas cautelas, incorrendo em culpa *in vigilando*. Isso, por sua vez, é situação excepcional que isenta o genitor, que não detém a guarda e não habita no mesmo domicílio, de responder solidariamente pelo ato ilícito cometido pelo menor, ou seja, deve ser considerado parte ilegítima. [...].¹²

¹² Recurso Especial nº 777.327/RS (2005/0140670-7), grifos no original. Também no sentido de que da possibilidade de responsabilizar o pai não guardião, os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 1.074.937/MA (2008/0159400-7), cita Aguiar Dias: “c) que a presunção de responsabilidade lealmente estabelecida contra o pai pelos danos causados pelo filho submetido ao pátrio poder não pode ser excluída pela simples dificuldade, mas somente pela impossibilidade de evitar o ato danoso, conjugada ao fato de haver cumprido os deveres gerais de vigilância e educação inerentes ao poder familiar. Assim, o pai de menor autor de homicídio culposo, resultante de desastre de corrida de automóveis, em que o segundo tomou parte, responde pelos anos conseqüentes, não obstante demonstrar que a intervenção do menor na corrida se deu contra a sua formal proibição. E isso porque não tomou, como devia, as necessárias providências para neutralizar a desobediência do filho, exigência que não pode ser compensada pela prova de que havia dado ao menor uma excelente educação (Corte de Apelação de Colmar, em 09.11.33, no *Recueil Juridique d'Automobile*, 1934, p. 601). Assim, também a simples impossibilidade material de evitar o ato danoso não é suficiente para legitimar a escusa, se o ato do filho decorre de falta de vigilância, ou de consentimento expresso ou tácito, com relação ao seu procedimento irregular” (AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 753-755). E menciona que caberia ao genitor comprovar qualquer das excludentes de responsabilidade para afastar sua responsabilidade pelos atos do filho. O Tribunal de origem, por sua vez, afirmou: “No Ministério de Sérgio Cavalieri Filho, a violação de um dever jurídico configura o ilícito, que, quase sempre, acarreta dano para outrem, gerando um novo dever jurídico, o de reparar o dano. E define, em seguida, a responsabilidade civil como um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário, excluindo-se tais hipóteses somente se demonstrado a ausência de nexo de causalidade, culpa exclusiva da vítima, estado de necessidade, a legítima defesa e o exercício regular de direito. Nenhuma dessas hipóteses foram demonstradas nos autos, muito pelo contrário. Desse modo, por força do art. 933 do Código Civil, a argüição de ausência de responsabilidade da genitora do menor por estar residindo em outro Estado, não retira sua obrigação, até mesmo moral, de zelar pela educação e comportamento retilíneo do filho, por não deixar de ser mãe” (fl. 244). Assim, o acolhimento da tese dos recorrentes quanto a exclusão da responsabilidade da mãe, sob o fundamento de que houve separação e, portanto, apenas ao pai competia o exercício unilateral do poder familiar, implica revolvimento do conjunto fático-probatório, encontrando óbice na Súmula nº 7 desta Corte; e Recurso Especial nº 1.146.665/PR (2009/0122518-4): RESPONSABILIDADE CIVIL - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ART. 18, §§ 1º e 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - PREQUESTIONAMENTO - AUSÊNCIA - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA Nº 282/STF - RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS PELOS DANOS CAUSADOS POR FILHOS MENORES DE IDADE - EXCLUSÃO - POSSIBILIDADE - COMPROVAÇÃO DE QUE NÃO CONCORREU COM CULPA NA REALIZAÇÃO DO EVENTO DANOSO - PRECEDENTES - NECESSIDADE DE PRÉVIA PARTICIPAÇÃO E MANIFESTAÇÃO NA LIDE INDENIZATÓRIA DO GENITOR SEPARADO E

O primeiro posicionamento, facilmente aceito quando se trata de responsabilizar o genitor por atos cometidos na presença física do guardião, interpreta a expressão “[...] e em sua companhia”, posta no art. 932 do Código Civil, como *ter o filho em sua guarda*, pois a ausência de guarda não permite proximidade suficiente para influenciar nas atitudes do filho, como se observa nas palavras de Sergio Cavalieri Filho, ao referir que, “no caso de os pais estarem separados, um deles ausente ou interdito, a responsabilidade será daquele (pai ou mãe) que tem o filho sob sua posse e guarda, que exerce sobre ele o poder de direção”¹³.

Efetivamente, a leitura do art. 932, I, do Código Civil não permite estender a responsabilização objetiva ao pai que, separado ou nunca tendo residido com o filho, não tenha a guarda deste. Embora a referência a tê-lo sob a sua autoridade se refira ao poder familiar, logo em seguida o legislador a restringiu àquele que, além disso, o tem sob a sua companhia, fazendo clara menção ao instituto da guarda. No entanto, o dispositivo legal não pode ser interpretado de forma isolada e conclusiva quando se trata de assumir ou afastar a responsabilidade dos pais por atos danosos a terceiros dos filhos na Internet.

SEM GUARDA - LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM - IDENTIFICAÇÃO - HOMENAGEM AO CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA - DANO MORAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - MODIFICAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO EXCEPCIONAL NÃO DEMONSTRADA - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - COMPROVAÇÃO - INEXISTÊNCIA - ENTENDIMENTO OBTIDO PELO EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - INCIDÊNCIA, NA ESPÉCIE, DA SÚMULA Nº 7/STJ - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO - I - A questão relativa ao art. 18, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, acerca do percentual e da respectiva responsabilidade pelo pagamento das despesas processuais, no caso do reconhecimento da litigância de má-fé, não foi objeto de debate ou deliberação pelo Tribunal de origem, restando ausente o requisito do prequestionamento da matéria, o que atrai a incidência do Enunciado nº 282/STF. II - A jurisprudência desta Corte Superior caminha no sentido de que é possível, ao genitor, ainda que separado e sem o exercício da guarda, eximir-se da responsabilidade civil de ilícito praticado por filhos menores, se comprovado que não ocorreu com culpa na ocorrência do dano. Precedentes. III - Contudo, para tanto, é mister que o genitor, separado e sem a guarda, participe da lide, em homenagem à ampla defesa e ao contraditório, momento em que será possível, ao genitor, comprovar se, para a ocorrência do evento danoso, agiu com culpa. IV - Esta Corte Superior somente deve intervir para diminuir ou majorar o valor arbitrado a título de danos morais quando se evidenciar manifesto excesso ou irrisão do *quantum*, o que não ocorre *in casu*. Precedentes. V - Verificar, na hipótese, a existência ou não de litigância de má-fé, demanda o reexame de provas, o que é vedado pelo enunciado da Súmula nº 7/STJ. VI - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido”.

¹³ Programa de responsabilidade civil. 6. ed. Malheiros, 2005. p. 206.

2 ATOS DANOSOS COMETIDOS PELOS FILHOS NA REDE INTERNACIONAL DE COMPUTADORES - RESPONSABILIDADE DE AMBOS OS PAIS OU APENAS DO GUARDIÃO?

A par de considerar equivocado, em termos fáticos, o argumento apresentado *supra* por Sergio Cavalieri, já que a (in)existência de influência dos pais sobre a educação dos filhos, no mais das vezes, depende de sua própria atitude diante da separação do casal, da distância física e da boa convivência entre os genitores, que, por vezes, sequer casados foram, importa considerar o disposto no art. 1.632 do Código Civil, *in verbis*: “Art. 1632. A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável *não alteram as relações entre pais e filhos* senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”¹⁴.

Considerados os tipos de guarda possíveis - guarda unilateral, compartilhada e alternada -, a situação apresenta menor dificuldade em se tratando de guarda compartilhada, uma vez que, neste caso, ambos os genitores conservam a totalidade dos atributos do poder familiar, como refere Maria Berenice Dias:

No momento em que há o rompimento do convívio dos pais, a estrutura familiar resta abalada, deixando eles de exercer, em conjunto, as funções parentais. Não mais vivendo os filhos com ambos os genitores, acaba havendo uma redefinição de papéis. Tal resulta em uma divisão dos encargos em relação à prole. O maior conhecimento do dinamismo das relações familiares fez vingar a guarda conjunta ou compartilhada, que assegura maior aproximação física e imediata dos filhos com ambos os genitores, mesmo quando cessado o vínculo da conjugalidade. É o modo de garantir, de forma efetiva, a *co-responsabilidade parental*, a permanência da

¹⁴ Sem grifos no original. Interessante destacar excerto de artigo publicado por Eliene Bastos, “Sujeitos à ordem parental jurídica psíquica”, acerca das funções paternas na convivência familiar: “Para a psicanálise a função paterna está na ordem de constituição do sujeito, pois o pai, através de sua palavra, funda um lugar terceiro junto à mãe e à criança, impedindo esta de ser tudo para sua mãe, protegendo-a de uma relação fusional, ou seja, promovendo um corte e estabelecendo um lugar desejante para a criança. Não se trata da presença ou ausência do pai, e sim de uma operação simbólica que efetua uma dupla castração: para a criança e para a mãe. Este lugar terceiro ocupado pelo pai priva a mãe de designar a criança como seu objeto de gozo” (*Direito das famílias*. Org. Maria Berenice Dias. São Paulo: Revista dos Tribunais/IBDFam, p. 386).

vinculação mais estrita e ampla participação destes na formação e educação do filho, a que a simples visitação não dá espaço. O compartilhar da guarda dos filhos é o reflexo mais fiel do que se entende por poder familiar.¹⁵

Todavia, tratando-se de guarda definida da forma unilateral, que ainda predomina na grande maioria das relações familiares de filhos de pais que não residem *sob o mesmo teto*, entendemos que esta não é determinante para a definição da responsabilidade dos genitores por atos danosos cometidos por seus filhos na rede mundial de computadores, embora o seja para a incidência da responsabilidade objetiva prevista nos arts. 932, I, e 933 do Código Civil. Isso porque tais atitudes, em especial aquelas relativas à prática de *bullying* virtual ou atos difamatórios por meio de mensagens eletrônicas postadas em *sites* de relacionamento, como Orkut, Facebook e Twiter, dizem mais com os deveres de educação e fiscalização inerentes ao poder familiar do que ao direito/dever de ter os filhos em sua companhia.

Cabe considerar que o reconhecimento do Direito como sistema jurídico formado por regras e princípios, no qual os microssistemas conversam entre si e com a realidade, influenciando-a e sendo influenciado por ela, não mais permite a interpretação isolada do dispositivo legal que fundamenta a responsabilidade dos pais por atos de seus filhos (terceiros), impondo-se a verificação dos demais diplomas legais acerca da mesma matéria e, especialmente, o regramento constitucional pertinente. Neste contexto, de todo relevante a admissão pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana entre os fundamentos do Estado Democrático de Direito – art. 1º, III –, da solidariedade social entre os objetivos fundamentais da República – art. 3º, I –, bem como da igualdade substancial entre os direitos fundamentais – art. 5º, I.

Maria Celina Bodin de Moraes refere a existência de verdadeira cláusula geral de tutela à pessoa na Constituição Federal vigente, na qual os princípios da solidariedade social, igualdade e dignidade da pessoa humana não mais permitem que se aguarde ações decorrentes de caridade, mas impõem ações positivas dos Poderes Públicos e dos demais cidadãos. Afirma, ainda, que

o ponto de confluência desta cláusula geral é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (art. 1º, III). Como já

¹⁵ *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 401.

foi aludido, em seu cerne encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Neste sentido, deve-se inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a conformação de tratamentos desiguais – sem descuidar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais –, o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla acepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para as situações existenciais, e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença.¹⁶

Nessa transposição do valor *propriedade* para o valor *pessoa humana*¹⁷, a Constituição Federal pretende conferir ao núcleo básico da sociedade um novo papel. Com efeito, ao mesmo tempo em que a Constituição Federal dispõe, em seu art. 6º, que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”; ao tratar especificamente de tais direitos direciona à família o dever de atuar para a sua concretização nos arts. 205 e 227, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹⁸. Ou seja, com a inserção de tais valores em nível constitucional e observada a cláusula geral de tutela à pessoa humana, o poder familiar, que, para Ihering¹⁹, teve origem no medo e outrora era denominado pátrio poder, representando a estrutura de autoridade e quase propriedade patriarcal, presente ainda quando do Código Civil de 1916, transmuda-se em uma gama de deveres na ordem constitucional vigente a partir da Constituição de 1988, na qual percebe-se a

¹⁶ *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 127-128.

¹⁷ *Idem*, p. 128.

¹⁸ “Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

¹⁹ Apud MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil – Direito de família*. 15. ed. Saraiva, 1976. p. 252.

atribuição de função à entidade familiar na busca da concretização dos direitos individuais e sociais.

Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lôbo,

a mudança radical em prol da responsabilidade, faz ressaltar a importância da ressignificação do poder familiar como autoridade parental, que deixou de ser um conjunto de competências atribuídas ao pai, para converter-se em conjunto de deveres de ambos os pais no melhor interesse do filho, principalmente de convivência familiar. O poder familiar deixou de ser um conjunto de competências do pai ou dos pais sobre os filhos para constituir um *múnus*, em que ressaltam os deveres, a que não se pode fugir. [...].²⁰

No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, em artigo intitulado “A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional”, ressalta que a constitucionalização da dignidade da pessoa humana, solidariedade social e igualdade substancial não permitem mais que se fale em direito dos pais de ter os filhos consigo e sequer que se questione acerca da culpa na separação para fins de definição de guarda. Considera, no entanto, inadequada a expressão/binômio “direito-dever” para denominar a condição jurídica do genitor no que concerne à autoridade parental, referindo que esta não gera qualquer situação de favorecimento aos pais. Afirma que “a interferência na esfera jurídica dos filhos só encontra justificativa funcional na formação e no desenvolvimento da personalidade dos próprios filhos, não caracterizando posição de vantagem juridicamente tutelada em favor dos pais”, considerando a autoridade parental um *munus* a ser exercido no melhor interesse dos filhos²¹.

Destarte, a guarda não se confunde com o poder familiar, sendo apenas um dos atributos deste, postos no art. 1634 do Código Civil, referindo-se ao direito-dever dos pais de ter o filho em sua companhia, podendo ser irrelevante para a configuração da responsabilidade do genitor no caso concreto. Ainda que o pai não mais detenha a guarda do filho, mantêm-se hígidos os direitos-deveres de dirigir a criação e educação dos filhos; conceder-lhes ou negar-lhes

²⁰ Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre/Belo Horizonte: Magister/IBDFam, v. 11, n. 12, p. 20-21.

²¹ Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. *Congresso Brasileiro de Direito de Família (VI)*; Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 313-314.

consentimento para casarem; nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar; representá-los, até os dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; reclamá-los de quem ilegalmente os detenha; exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição.

Analisados tais dispositivos legais e constitucionais em conjunto, é possível concluir que os deveres de fiscalização e educação não se limitam ao pai guardião, de forma que, tratando-se de atos diretamente ligados à ausência de cumprimento de qualquer destes deveres pelos pais, a ausência de guarda não é impeditivo à responsabilidade dos genitores por atos de seus filhos, como no caso de atos cometidos na rede internacional de computadores. A ausência de guarda pode, sim, afastar a responsabilidade solidária e objetiva, pelo ato do terceiro, mas permanece hígida a possibilidade de configuração de responsabilidade por omissão própria, com fundamento na regra geral do art. 186 do Código Civil, cabendo ao pai a comprovação de que agiu de forma preventiva, no intuito de evitar tais danos, os quais ocorreram por situação excepcional alheia à sua escolha e ao seu controle.

Portanto, ainda que a melhor interpretação da regra dos arts. 932 e 933 do Código Civil exija a guarda para que se configure a responsabilidade solidária e objetiva dos pais em relação aos atos de seus filhos, a ausência de guarda não importa em irresponsabilidade do genitor não guardião, configurando-se a responsabilidade por omissão no caso do descumprimento dos deveres de educação e fiscalização, com fundamento na regra geral do art. 186 do Código Civil.

Em tempos de substituição da televisão pela Internet na condição de meio de entretenimento familiar, muitos pais ainda não se deram conta de que, enquanto a televisão poderia apenas interferir nas atitudes dos filhos, quase substituindo os próprios pais no papel de educar, transmitir valores à criança e ao adolescente em desenvolvimento, na Internet estes passam a ter papel ativo, atuando como agentes fornecedores de informação, por vezes sem noção alguma das consequências de tais atos, com sede de conhecimento e ilusão de anonimato.

Tomar, no mínimo, conhecimento dos passos de seus filhos na Internet e dialogar com estes no sentido de orientá-los sobre as ações adequadas, informando-os das consequências e perpetuidade de seus *posts*, é cumprir os

deveres de educação e fiscalização definidos constitucionalmente e incluídos entre os direitos-deveres decorrentes do poder familiar. Se antes a preocupação dos pais focava-se na segurança e orientação de seus filhos enquanto estavam fora de casa, atualmente a questão amplia-se para os momentos em que os filhos se encontram em suas próprias residências, mas em contato com uma gama muito maior de pessoas, por meio da rede mundial de computadores.

Admitir-se que a responsabilidade pelos atos daí decorrentes cabe exclusivamente ao guardião implicaria em premiar o genitor ausente, que não apenas deixa de cumprir com os deveres de educação e fiscalização, como também não é responsabilizado por tal omissão, como refere Paulo Netto Lobo:

Nota-se um crescente distanciamento da responsabilidade das famílias com a formação de suas crianças, transferindo para terceiros, principalmente a escola, seu indeclinável dever de educação integral. Sabe-se, desde os antigos, que a formação da pessoa envolve três ambientes fundamentais: a casa, a escola e o espaço público. É a integração entre espaço privado e espaço público que os gregos antigos denominavam *paideia*, para diferenciar de *pedagogia*, que fazia parte daquela. A complexidade da vida contemporânea, o mundo do trabalho e os imensos territórios das cidades fazem com que os pais dediquem menos tempo aos filhos, transferindo inclusive a absorção de valores e da compreensão do mundo para a escola e a rua.²²

Este distanciamento apresenta consequências, ainda que feito de forma consciente ou inconsciente pelos pais, pois envolve interesses diversos na sociedade atual, como compromissos de trabalho, estudo ou, até mesmo, pela dificuldade de lidar com as exigências da paternidade diante dos interesses sociais dos pais. A paternidade não é algo que se descobre para, logo em seguida, abandonar para que terceiros a exerçam. Os deveres daí decorrentes são perenes e, ao privilegiar seus interesses próprios e deixar de atender aos deveres de fiscalização e de educação inerentes ao poder familiar, os pais podem estar omitindo-se de forma a gerar o dever de indenizar.

²² Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre/Belo Horizonte: Magister/IBDFam, v. 11, n. 12, p. 25.

Veja-se, ademais, que a concepção de ausência total de responsabilidade do pai não guardião leva a situações absurdas, como nos seguintes exemplos hipotéticos: a) o filho encontra-se sob a guarda materna e ganha um computador de seu pai, utilizando-se deste para a prática de *bullying* virtual contra colega; b) o filho está sob a guarda unilateral com direito de visitas nos finais de semana ao pai não guardião, quando lhe é permitido que utilize a Internet, inclusive em períodos superiores aos permitidos pelo pai guardião, como é frequente ocorrer quando os pais pensam estar competindo pela atenção dos filhos, atendendo indiscriminadamente aos seus desejos; c) o filho encontra-se sob a guarda fática da avó desde a tenra idade, caso em que nenhum dos pais será responsável civilmente, embora seja evidente o descumprimento dos deveres decorrentes da paternidade; d) o filho encontra-se sob a guarda de um dos genitores, sendo que o outro, em condições financeiras muito superiores às do guardião, limita-se a garantir o pagamento dos alimentos mensais ao filho, situação em que a responsabilidade única do pai guardião poderá importar em negar o direito à indenização à vítima.

Impõe-se ressaltar que a última situação narrada revela o segundo argumento para justificar a responsabilização de ambos os pais, de forma independente do exercício da guarda, qual seja, a necessidade de proteção à vítima que se vê diante da possibilidade de não ter os seus danos reparados, em afronta à referida cláusula geral de tutela da pessoa humana. A guarda não deve ser posta como fiel da balança no conflito entre garantir a indenização à vítima e afastar-se a responsabilidade paterna, mas como o cumprimento adequado dos deveres decorrentes do poder familiar. Inviável, portanto, o imediato reconhecimento da ilegitimidade passiva do genitor não guardião para responder pelos atos de seus filhos, impondo-se a análise do caso concreto e a verificação do cumprimento de tais deveres.

As situações permitem, ainda, cogitar a responsabilidade objetiva conjunta dos pais, nos termos dos julgados, já mencionados, do Superior Tribunal de Justiça, que não fazem diferenciação entre os genitores, detentores da guarda ou não. Todavia, como visto *supra*, a interpretação dos arts. 932 e 933 do Código Civil não permite tal conclusão, sendo objetiva apenas a responsabilidade do guardião. Quanto ao genitor não guardião, a responsabilidade funda-se no art. 186 do Código Civil, calcada na omissão do cumprimento dos deveres de educação e fiscalização, não bastando a simples ação do filho para se configurar a sua responsabilidade, podendo o pai comprovar a sua diligência no sentido de evitar tais atos.

CONCLUSÃO

O Direito de Família é uma das melhores demonstrações de que o Direito é a ciência que regula as relações humanas e por elas é influenciada. Não são poucas as mudanças de comportamento e relacionamento na sociedade que foram trazidas para o mundo jurídico por este meio. A realidade da Internet nos lares da quase totalidade das famílias brasileiras não é diferente, pois exige que se considere como lidar com as consequências daí decorrentes, não apenas quanto à possibilidade de crianças e adolescentes se tornarem vítimas de terceiros, cientes de sua ingenuidade ao utilizar-se dos meios eletrônicos, mas também no caso de filhos se tornarem agressores de terceiros, utilizando-se do falso anonimato existente na rede mundial de computadores.

Apresentado tal quadro, é dever apenas do pai guardião atentar e educar os filhos para esta nova realidade, que se apresenta como novidade apenas para a geração que não nasceu sob os seus auspícios, já que as últimas gerações de crianças sequer conheceram realidade diversa? Pode-se cogitar que essa alteração no comportamento entre as gerações ocasione dificuldades no cumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar em âmbito virtual, seja porque parte considerável dos pais sequer tem conhecimento dos recursos acessíveis na rede mundial de computadores, seja porque outra parte não possui noção das consequências possíveis e de como lidar para evitá-las, utilizando-se do computador como meio de entreter o filho, sem que seja necessário deixar o lar.

No entanto, a responsabilidade por educar crianças e adolescentes é precipuamente dos pais, conforme posto nos arts. 205 e 227 da Constituição brasileira, não podendo ser transferida a terceiros, embora a responsabilidade secundária seja da escola e da sociedade. Cabe-lhes buscar os meios adequados para o cumprimento de tais deveres, pena de omitirem-se de forma a serem responsabilizados pelos danos daí decorrentes.

Nesse contexto, embora a responsabilidade objetiva por atos dos filhos, na condição de terceiros, fundada nos arts. 932, I, e 933 do Código Civil, fique restrita ao genitor guardião, a responsabilização dos pais pela omissão própria dos deveres de educação e fiscalização, com fundamento nos dispositivos constitucionais citados, bem como nos arts. 186 e 1.634 do Código Civil, impõe a análise do caso concreto e ganha caráter não apenas punitivo, mas educativo, a fim de que pais e mães passem a cumprir os seus deveres de fiscalização e educação, tomando conhecimento dos atos tomados por seus filhos na rede

mundial de computadores e, tanto quanto possível, passem a influenciá-los por meio do diálogo e controle das ações tomadas.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Eliene. Sujeitos à ordem parental jurídica e psíquica. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). *Direito das famílias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília/DF, 5 de outubro 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 7 jan. 2012.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília/DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 jan. 2012.

CARDOSO, Gorete Hansen. Responsabilidade civil dos pais e as diversas modalidades de guarda. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito para a obtenção do Título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos. Disponível em: <<http://www.unisinos.br/biblioteca>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIAS, Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de direito das famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. O poder familiar e novo Código Civil. In: AZABUJA, Maria Regina Fay; SILVEIRA, Maritana Viana; BRUNO, Denise Duarte (Org.). *Infância em família: um compromisso de todos*. Porto Alegre: Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, Clarissa Costa. Responsabilidade civil dos pais por atos dos filhos no antigo e no novo Código Civil. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, n. 96, p. 55-68.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Direito civil: famílias*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Famílias contemporâneas e as dimensões da responsabilidade. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*, Porto Alegre/Belo Horizonte: Magister/IBDFam, v. 11, n. 12, p. 5-22, out./nov. 2009.

_____. Do poder familiar. In: DIAS, Maria Berenice; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). *Direito de família e o novo código civil*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil - Direito de família*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1976.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PAIS são condenados a pagar indenização por *bullying* de filhas no Paraná. [s.l.], 29 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.fatonotorio.com.br/noticias/ver/6251/pais-sao-condenados-a-pagar-indenizacao-por-bullying-de-filhas-no-parana>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

PESQUISA, TIC Crianças 2010, realizada pelo Centro de Estudos sobre as Tecnologias de Informação e Comunicação. São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.cetic.br/>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

SANTOS, Luiz Felipe Brasil. Guarda de menores e responsabilidade civil, jan. 2006. Disponível em: <<http://direitodefamiliares.blogspot.com/2011/06/doutrina-guarda-de-menores-e.html>>. Acesso em: 15 jan. 2012.

TEPEDINO, Gustavo. A disciplina da guarda e a autoridade parental na ordem civil-constitucional. *Congresso Brasileiro de Direito de Família (VI)*; Coord. Rodrigo da Cunha Pereira. Afeto, ética, família e o novo Código Civil brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE X LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO - DESATANDO NÓS

JUDICIAL REVIEW X LEGITIMACY OF JUDICIARY POWER - UNTYING KNOTS

Fernando Luiz Monteiro¹

Doutorando do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*
da Unesa (Rio de Janeiro)

RESUMO: Este texto aborda o tema do *Judicial Review*, que tem sido objeto de variadas polêmicas ao longo dos últimos duzentos anos, desde a sua aparição no cenário constitucional norte-americano. Alguns aspectos do instituto são repassados, de maneira sintética, com a finalidade de embasar o objetivo a que se propõe a pesquisa. A tese esboçada no artigo é a de que a crítica reiterada que é feita a esse mecanismo de controle de constitucionalidade, centrada na baixa legitimidade do Poder Judiciário, carece de consistência, porquanto o conceito de legitimidade seja aberto, de difícil apreensão. Assim, sustenta-se que a opção pelo *Judicial Review* guarda relação, na verdade, com a forma de articulação dos Poderes do Estado, tendo em vista o tipo de democracia que se deseja em uma dada sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle judicial de constitucionalidade; legitimidade; separação de poderes; democracia.

ABSTRACT: *This text is about an issue from the Judicial Review, which has been a controversial topic for over the past 200 years since its first appearance into the North-American constitutional scenario. Some institution aspects are briefly posed aiming at setting up basis to what the research proposes. The essay thesis refers to the repeated criticism concerning such mechanism of constitutionality control, centered on low legitimacy of Judiciary Power, lacking consistency, so the legitimacy concept is open and difficult to grasp. It thus emphasizes that the option by Judicial Review in fact keeps a relationship with the articulation way of The State Powers considering the kind of democracy desired to a society.*

¹ Mestre em Direito pela UFPE.

KEYWORDS: *Judicial control of constitutionality; legitimacy; powers separation; democracy.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Sobre a supremacia das Constituições; 2 Aspectos inerentes ao controle judicial de constitucionalidade; 3 Aportes esclarecedores da história jurídico-política norte-americana; 4 Judicialização da vida e ativismo judicial – Relações com o *Judicial Review*; 5 Legitimidade – Conceito de difícil apreensão; 6 Coordenação de poderes e democracia; 7 Últimas palavras; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 About the supremacy of the Constitutions; 2 Aspects inherent in the judicial review of constitutionality; 3 Enlightening Intakes of American legal and political history; 4 Legalization of life and judicial activism – Relations with the Judicial Review; 5 Legitimacy – Concept difficult to grasp; 6 Coordination of powers and democracy; 7 Last words; References.*

INTRODUÇÃO

Este artigo aborda, ainda que de maneira pontual, tema marcado por controvérsias desde a sua aparição no contexto histórico-constitucional norte-americano, no alvorecer do Oitocentos. Alguns -aspectos do *Judicial Review*, aqui tratado também por controle judicial de constitucionalidade, compõem o quadro conceitual e analítico que é objeto da pesquisa.

O que se apresenta como problema a ser enfrentado é a impertinência da crítica costumeira que se faz ao controle judicial de constitucionalidade centrada na ideia de baixa legitimidade do Poder Judiciário. Para alguns autores, a propósito, nesse sentido não haveria nem como se falar em legitimidade de qualquer natureza. A tese que se busca sustentar, entretanto, é a de que tal crítica carece de fundamentação consistente, porquanto o conceito mesmo de legitimidade seja difuso, de difícil apreensão. O foco da reflexão crítica sobre o mencionado controle judicial, assim, necessariamente teria outro viés, ligado à noção de arranjo em termos de coordenação dos poderes do Estado, tendo em vista este ou aquele padrão de democracia que se deseje em uma dada sociedade.

Para a sustentação da tese indicada, cabe salientar a imprescindibilidade da adoção de dois posicionamentos prévios, sem os quais o conteúdo apresentado pode padecer de fragilidades insanáveis. Em primeiro lugar, parte-se do pressuposto de que se aborda o tema do controle judicial de constitucionalidade em um Estado Democrático de Direito. A democracia aqui não se apresenta como

questão meramente convencional, mas como algo que se pretenda substancial². Ou seja, a materialidade democrática impõe

ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade. (Barroso, 2010:42)

O segundo pressuposto necessário à adequada compreensão das hipóteses aventadas é o de considerarmos esse Estado em um contexto de mínimo equilíbrio institucional, ou, antes, de regular funcionamento de suas instituições. Assim, não cabe na análise empreendida o exemplo de um Estado que vivencie grave crise de suas instituições, decorrente de fortes assimetrias internas ou até de avantajadas turbulências com raízes externas, mesmo que ostente um eventual passado de tradições democráticas.

O objetivo a que se propõe o artigo é, portanto, limitado. Comprovar que em um Estado Democrático de Direito, com regular funcionamento de suas instituições, a escolha de mecanismos de controle judicial de constitucionalidade não guarda relação segura com o tema da legitimidade, e sim com o modo de coordenação de Poderes, tendo em vista o tipo de democracia predominante nessa dada sociedade. As abordagens complementares que serão feitas, ao longo dos tópicos que seguem, criam o necessário embasamento, ainda que de modo panorâmico, para a defesa da tese expressa.

É sabido que o tema ora discutido arrasta consigo questões vibrantes, como as da judicialização da vida e do ativismo judicial. A rigor,

desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular. (Barroso, 2008:01/19)

² Até 1990, a Alemanha Oriental ostentava o nome de República Democrática alemã, sem qualquer vestígio de substância democrática no dia a dia de sua sociedade.

Não serão esses outros temas, contudo, focos primordiais do artigo, porquanto o objeto delimitado seja outro. Aqui e ali serão tratados apenas como suporte conceitual ao objetivo proposto.

Vale ressaltar, ainda, nestas palavras introdutórias, lições de Saldanha, ao afirmar que

a ideia de Direito, desde o pensamento clássico, sempre envolveu – tal como ocorreu com a de justiça – as noções de coordenar e subordinar, bem como as de acerto e de simetria, noções que convergem para a de ordem. [...] O Direito, em qualquer sociedade, existe junto com a Política; mas existe com o sentido de completar a organização política com uma dimensão ordenadora mais flexível e mais complexa... (1992:168)

De alguma forma, as relações de poder também serão investigadas em um contexto mais amplo das relações entre Estado e Direito.

Também é de se mencionar que o tema perpassa a questão da politização da justiça, que não é objeto do estudo empreendido. A complexidade das condutas na vida moderna e a aspiração por uma legislação simples exigiriam do legislador uma atuação muito mais ágil e minuciosa em termos de regulação. Como essa fragilidade da ordem política apresenta-se de forma reiterada, então entra em cena o papel dos juízes. Não se pode esquecer, porém, que “os Tribunais ultrapassaram aqui a sua missão genuína, administrar justiça no caso concreto e, de certo modo, actuaram substituindo o legislador” (Larenz, 1991:620).

Tais indagações surgem na busca de apropriação da realidade estudada, em uma perspectiva que aproxima o sentir e a inteligência humanas, que não se apresentam como atos distintos, completos em sua ordem. Constituem-se, de fato, em dois momentos de um único ato de apreensão da realidade, caracterizado pela presença de uma inteligência senciente (Zubiri, 2011:95-122). É dessa mistura de momentos de sentir e de inteligir que se pode estabelecer uma aproximação com o objeto de estudo deste artigo, limitado aos contornos da própria tese já anteriormente esboçada. Também com essa perspectiva busca-se afastar de certa tradição epistemológica ocidental que, durante séculos, separou de modo nítido o sentir e o inteligir humanos.

Por fim, alguns esclarecimentos de natureza metodológica e acerca da própria estrutura do texto. Mesmo possuindo um curto fôlego, cabe registrar que ele se insere na linha crítico-metodológica, enfeixando levemente a teoria

argumentativa. A vertente associada ao texto é a jurídico-dogmática, acentuando aspectos conceituais, ideológicos e doutrinários de determinado campo sob investigação. Por fim, dentro da tipologia de investigação das ciências sociais aplicadas ao Direito, sobressai no texto o tipo de pesquisa jurídico-compreensiva, um alargamento do clássico tipo jurídico-descritivo (Gustin e Dias, 2002:39-52).

O texto se estrutura em sete tópicos, excluída esta introdução. Em cada um dos tópicos seguintes, busca-se preparar o terreno para os três últimos, em que se identifica o coração da tese esboçada, coroada naturalmente na conclusão. Neles a ideia central é apresentada, em uma perspectiva de resgate de aspectos conceituais anteriormente apresentados. Ao final dos sete tópicos, apresenta-se a lista de referências bibliográficas. A estrutura do trabalho, assim, mantém sintonia com a proposta formal adotada, qual seja, a de um artigo de fôlego curto, em que muitos temas são abordados de maneira panorâmica para dar sentido ao objeto da pesquisa.

1 SOBRE A SUPREMACIA DAS CONSTITUIÇÕES

Tratar do controle judicial de constitucionalidade, ainda que na perspectiva de um marco pontual, leva-nos necessariamente ao encontro de algumas ideias que são expressivas no contexto do constitucionalismo moderno. Um desses ambientes conceituais que precisa ser reafirmado é o da tese prevalente da existência de uma hierarquia normativa dentro de um ordenamento jurídico-positivo, com a natural presença de um texto supremo a oferecer inteligência ao sistema como um todo.

É plausível afirmar que a problematização da hierarquia normativa não faz muito sentido em um contexto de direito consuetudinário, encontrando-se mais afeta a um sistema racionalizado, com dado padrão legalista, marcas predominantes do Direito moderno, na sua feição ocidental. Antes mesmo de uma reflexão mais sistematizada acerca do constitucionalismo, identifica-se algum nível de conexão entre supremacia e soberania. Assim, supremo era o poder do monarca ou do Estado, enquanto a soberania era um poder de império existente no Estado ou a ele pertencente. É do século XX a ideia de que a supremacia de um poder do Estado, o Judiciário, por exemplo, não é dele, mas é sempre supremacia da Constituição (Saldanha, 2000:136).

A identificação de uma norma cujo conteúdo possuíse *status* de superioridade é postulado presente também no jusnaturalismo. Havia como que uma necessidade de proteção de conteúdos fundantes da ordem jurídica, em uma

perspectiva do justo, em face das contingências do legislador histórico (Saldanha, 2000:137). Na esteira da evolução das ideias da ilustração, durante o século XIX tornou-se gradativamente assentada a tese segundo a qual a Constituição é superior às leis comuns. Abriu-se terreno, assim, para a fundamentação de tal supremacia na ideia de poder constituinte, um dos importantes espaços de análise da moderna teoria da Constituição. Voltando um pouco no tempo, cabe registrar que

já no episódio histórico que envolveu o Juiz Edward Coke na Inglaterra, os historiadores encontram a afirmação da superioridade do *common law*, como direito geral, em face dos atos do rei. Estaria ali a raiz do problema do controle dos atos legislativos e executivos em função de sua compatibilidade com a constituição. Entretanto o problema, no caso (1608), era também o do limite da competência dos juízes; e a “constituição” era, muito inglesamente, o todo, quase se confundindo com o *common law*, como de fato se confunde nos relatos históricos mais conspícuos. Não era ainda a noção contemporânea de constituição, nem a de uma supremacia constitucional no sentido que veio a vigorar depois do fim do século XVIII. (Saldanha, 2000:138-139)

A passagem da supremacia do direito para a supremacia da Constituição é tributária das grandes revoluções liberais do século XVIII, especialmente da Revolução Francesa. O texto constitucional assume a feição de supremacia, pois nele se encontram os fundamentos do Estado e do Direito. Nas discussões norte-americanas sobre a feitura da sua Constituição, o problema da flexibilidade ou da rigidez constitucional foi amplamente ventilado. Desse contexto, novas ideias tomam forma, a partir de um viés prático, mas também decorrentes de reflexões teóricas, a saber: temas como o da reforma e o do controle de constitucionalidade (Saldanha, 2000:139-143).

A supremacia da Constituição, assim, incorpora-se na práxis constitucional contemporânea. Cabe salientar, entretanto, com Schmitt, que a relativização do conceito de Constituição, equiparando-a a leis formais constitucionais, pode ser motivo de enfraquecimento de sua permanência e estabilidade. Com isso se renuncia por completo ao significado objetivo do texto supremo. Mesmo que haja mecanismos dificultosos de reforma da Constituição no sentido formal, arranjos políticos de momento podem jogar por terra qualquer expectativa de

durabilidade do texto. O jurista alemão afirma, então, não ter cabimento, nem lógico nem jurídico, um aparato formal de leis constitucionais, o que, de alguma forma, poria em risco a ideia mesma de fundamentabilidade da Constituição, que ora se apresenta (2003:37-44).

As Constituições rígidas ensejam a efetiva distinção entre poder constituinte e poderes constituídos. Nesse sentido, brota a sua superioridade no âmbito do ordenamento jurídico-normativo. Configura-se, então, um *locus* hierarquizado, em que a Constituição se apresenta como a lei de todas as leis. Como já indicado, não teria sentido lógico, dentro desse ambiente hierarquizado, que o legislador ordinário ou o governante de momento pudesse produzir atos válidos que confrontassem a Lei Maior, elemento destacado do conglomerado normativo. A própria reforma da Constituição, por conta da sua superioridade, decorrente de um poder constituinte originário, acaba por se estabelecer com necessárias limitações de conteúdo ou com dificuldades procedimentais.

Também aqui sobressai o tema do controle de constitucionalidade, porquanto de pouco adiantaria enfatizar a supremacia da Constituição se não houvesse mecanismos efetivos capazes de invalidar normas infraconstitucionais com ela incompatíveis. A rigor, supremacia constitucional, reforma e controle são temas que andam muito próximos entre si. É natural, assim, que nesse ambiente aflore a questão da identificação do órgão que deve estabelecer o mencionado controle. Trata-se de grave questão essa escolha do ente controlador, mas que não se apresenta como a única em relação ao tema. Afinal, seja qual for o órgão, ele ocupa “um lugar que muitos têm por privilegiado, um lugar de verdadeira preeminência ou supremacia, capaz de afetar o equilíbrio e a igualdade constitucional dos poderes” (Bonavides, 2002:268).

Não é inoportuno observar, ainda que este não seja o foco do artigo, a reflexão sobre a legitimidade da Constituição, ou seja, sobre o seu fundamento de validade, porquanto ela se apresente com *status* de superioridade em um dado sistema jurídico. Não obstante a noção de legitimidade sempre enseje algo de nebuloso, como se abordará adiante, essa reflexão voltou a ter relevância nos debates teóricos sobre o tema. Com a devida ressalva que deve ser enfatizada acerca do risco de se encarar a Constituição como berço privilegiado de valores manejáveis de qualquer modo, campo propenso mais a ativismos judiciais perigosos para a democracia que à efetivação de ideais de justiça, o magistério de Canotilho nos alerta para o fato de que

a constituição não representa uma simples positivação do poder; é também uma positivação de “valores jurídicos”. O critério da legitimidade do poder constituinte não é a mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as “ideias de justiça” radicadas na comunidade. (1993:111)

Por fim, ressalte-se que a Constituição carrega em si uma dupla condição, a de norma jurídica e a de norma superior em um dado ordenamento. Ela se apresenta, assim, como fonte do Direito e como norma que estabelece parâmetros ao próprio sistema geral de fontes do Direito. Por tudo isso, possui o texto constitucional uma dignidade especial, que não permite que ele seja encarado em uma perspectiva efêmera ou dominada por instabilidades. Cabe aqui um reforço, no sentido de que

o dogma de que uma norma não possa ter validade se não estiver de acordo com a Constituição levou a que esta não somente seja considerada fonte do Direito, mas que também regule o próprio sistema de fontes e seja o parâmetro de aplicação e de interpretação do Direito. (Beste, 2005:59-60)

2 ASPECTOS INERENTES AO CONTROLE JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDADE

A questão chave que se pretende enfrentar mais adiante possui necessariamente como ponto de partida a discussão doutrinária acerca da identificação do órgão encarregado de efetivar o controle de constitucionalidade em um determinado ordenamento jurídico-normativo. Como já indicado anteriormente, a necessidade desse controle advém quase que naturalmente do reconhecimento do princípio da supremacia da Constituição.

Assim, de forma muito sucinta, identifica-se majoritariamente, em relação ao tema, mecanismos de controle de tipo político ou de tipo jurisdicional, sendo pouco usuais os modelos que buscam misturar os dois tipos precedentes. O exemplo recorrente do primeiro modelo é o Conselho Constitucional francês, cujos conselheiros são escolhidos pelo Presidente da República e pelo Parlamento, havendo ainda a presença de membros natos – os ex-Presidentes da República. Em relação ao modelo jurisdicional, pode-se indicar o exemplo

brasileiro, em que é o próprio Poder Judiciário que efetua o aludido controle, de forma concentrada, por uma corte específica, ou de forma difusa, por juízes e Tribunais em geral³.

É de se ressaltar, neste ponto, o tema do caráter declaratório ou constitutivo da decisão que identifica a inconstitucionalidade de um ato normativo. Oriunda da tradição norte-americana, há a concepção segundo a qual a violação do texto constitucional reveste-se de tamanha gravidade que a consequência natural para o caso não poderia ser outra senão a declaração de nulidade plena do ato questionado, com efeitos *ex tunc*. Por sua vez, da tradição europeia, centrada no pensamento de Kelsen, surge a tese da anulabilidade, decorrente de uma decisão com natureza constitutiva, produzindo efeitos *ex nunc*. Esses modelos puros foram aos poucos sendo atenuados, com algum tipo de interferência mútua entre os seus elementos essenciais (Barroso, 2004:15-25).

A rigor, existe como discussão de fundo a busca da resposta para a indagação acerca de quem é o verdadeiro guardião da Constituição. A questão não se exaure apenas no que tange à identificação deste ou daquele órgão, mas ao modelo de articulação entre Poderes em um dado Estado constitucional. Afinal de contas, ostentar o *status* de guardião da Constituição é, de alguma forma, estabelecer um tipo de “super-poder”, porquanto o texto constitucional, dispendo sobre a organização do Estado e sobre os seus limites de atuação, bem como dispendo sobre direitos fundamentais, esse texto normativo é o contrato fundacional desta ou daquela comunidade de cidadãos.

Entre as diversas variações afetas ao tema, pode-se salientar dois grandes eixos teóricos, decorrentes do pensamento de Carl Schmitt e de Hans Kelsen. Para o pensador alemão, o desenvolvimento da questão parte de uma teoria do direito público do poder neutro. Há nisso influência de Benjamin Constant, com a ideia de existência de um quarto poder. Em termos práticos, a questão posta busca responder qual o significado do chefe de Estado, seja em uma monarquia ou em uma república, e qual o sentido do seu poder. Em um viés mais profundo, o que se discute é a relação entre *auctoritas* e *potestas*, e mesmo, noutro sentido mais limitado, a distinção entre reinar e governar (Schmitt, 2007:193-197).

A concepção, aparentemente estranha, sustentada por Schmitt, de que o guardião da Constituição de Weimar é o Presidente do Reich, possui como

³ Para os fins da discussão proposta no texto, pouca relevância há na abordagem de mecanismos residuais de controle prévio ou posterior, a cargo do Legislativo e do Executivo, tais como atuação das Comissões de Constituição e Justiça, nos Paramentos; vetos do Chefe do Executivo; etc.

pedra angular um aspecto que já se encontrava em Benjamin Constant, embora seja parte pouco percebida de sua teoria a ideia de um poder preservador. Nas palavras do teórico alemão:

O chefe de Estado em semelhante Constituição representa a *continuidade* e a *permanência* da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos. Isso é de especial interesse para a teoria do poder neutro, porque a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder. (Schmitt, 2007:199-200)

Acentua ainda Schmitt que a independência dos juízes não os torna titulares da correta volição política, mas de estabelecer uma esfera de justiça vinculada à lei em um dado ordenamento estatal. É preciso não confundir, em uma visão decisionista, neutralidade, despolitização partidária e despolitização, confusão que no mais das vezes é feita. Assim, na análise da independência do “funcionário público”, faz-se necessário identificar se dela decorre uma proteção contra a volição política (postura defensiva e negativa) ou uma participação positiva autônoma na determinação ou influência dessa volição. E arremata:

Antes que se institua, então, para questões e conflitos relativos à alta política, um tribunal como guardião da Constituição e, por meio de tais politizações, se onere e coloque em risco a justiça, dever-se-ia, primeiramente, lembrar desse conteúdo positivo da Constituição de Weimar e de seu sistema constitucional. Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. (Schmitt, 2007:232-233)

Uma outra matriz teórica afeta ao tema, esta prevalente nos modelos jurisdicionais ocidentais, tem como principal defensor Hans Kelsen, que colaborou na elaboração da Constituição austríaca de 1920. Dois pontos são de máxima relevância na defesa de um Tribunal Constitucional como verdadeiro guardião da Constituição. Em primeiro lugar, Kelsen, diferentemente de Schmitt, não acentua a distinção entre funções jurisdicional e política, defendendo que a solução judicial de conflitos e as sentenças delas decorrentes possuem tanto natureza jurídica quanto política, ou, antes, há um componente decisório no sentido de poder. Por outro lado, a função política por excelência da Constituição é a limitação de poderes, razão pela qual melhor ficaria a sua guarda em mãos que, de alguma maneira, não exerçam proximidade umbilical com o poder político, como é o caso dos Chefes de Estado. Ademais, nada obsta que a composição de um Tribunal Constitucional possa se dar a partir de mecanismos democráticos (Kelsen, 2007:181-251).

Ao que tudo leva a indicar, quando surgiu na doutrina norte-americana a figura do *Judicial Review*, não houve intenção precípua de fragilizar a possibilidade de um Tribunal Constitucional. Assim, dessa prática norte-americana bebeu Kelsen para a construção de sua tese. É oportuno salientar, então, em relação a esta segunda matriz, que

a mudança estrutural do Direito fez surgir, portanto, como uma decorrência natural, uma instituição que pudesse ser capaz de mantê-la íntegra e assegurar sua nova conformação. Dois são os fatores a serem considerados aqui. (i) A extensão do império do Direito para um campo anteriormente ocupado pela política com exclusividade. (ii) A complexidade crescente dos sistemas jurídicos, demandando um órgão especial capaz de realizar o reconhecimento das fontes do Direito e a verificação da adequabilidade de seus produtos. (Tavares, 2005:105)

Dentro do contexto analisado, considerando-se a Constituição como um contrato de longo prazo, aflora das próprias entranhas do controle judicial de constitucionalidade a ideia de um governo de juízes, meio que uma concretização tardia da República platônica, com o “rei-filósofo”, o juiz, assumido o inestimável papel de “Farol de Alexandria” para toda a plebe ignorante necessitada de luzes. Esse é um ponto sempre recorrente, de uma ou de outra forma, em relação ao tema. Há, entretanto, as mais variadas razões apresentadas para a justificação

da superioridade do controle judicial da Constituição, não sendo o cerne deste trabalho, como já se disse, a defesa deste ou daquele modelo jurisdicional. Há posturas, inclusive, ainda que preocupadas com o acesso à justiça, absolutamente pragmáticas ou consequencialistas, a saber:

Si consideramos a la Constitución con un contrato de largo plazo y los jueces como la estructura de gobierno de ese contrato, hay razones prácticas dentro del sistema de división de poderes que también fundamentan la expansión del ejercicio del control judicial de constitucionalidad. Estas razones están asociadas con la economía de los costos de transacción. Toda reforma de la legislación es muy costosa ya que requiere un número importante de transacciones dentro de la sociedad. Quien quiera cambiar la legislación o la regulamentación en general se ve obligado a crear ya sean organizaciones no gubernamentales especializadas sobre el tema, o influir en un partido político, o desarrollar un lobby público u oculto suficientemente eficaz para obtener su objetivo. Es por ello que resulta una tarea prohibitivamente costosa cambiar la legislación por quien se ve afectado por ella. En cambio iniciar una acción judicial es relativamente sencillo y con bajos costos de transacción, particularmente si existen los medios procesales adecuados. Un elemento a tener en cuenta es que el juez siempre tomaría una decisión ya que se excluye el silencio como respuesta, cambio frente a los poderes políticos solo existe el derecho constitucional de peticionar. (Sola, 2011:16/29)

Por fim, todo o tema ganha contornos de importância por existir uma discussão de fundo, viva, acerca do efetivo papel e importância da Constituição, aparentemente supérflua para a racionalidade prática que move os juízes em suas decisões. Uma maneira de salientar a importância da Constituição e do constitucionalismo, ainda que não infensa a críticas, especialmente por conta de certo ar romântico em seus contornos, é apresentada por MacCormick⁴, apoiado na autoridade de David Hume:

⁴ A obra de Neil MacCormick, mencionada por Carlos Santiago Nino, é *Constitutionalism and Democracy*, em *Aktuelle Probleme der Demokratie* (Viene, Internationals Jahrbuck fur Rechtsphilosophie, 1989).

El mundo contemporáneo revela una triste pluralidad de experimentos fallidos (de establecimiento de gobiernos democráticos) como así también algunos éxitos considerables, todos los cuales distan de ser perfectos. Pero si parece que la democracia opera sólo allí donde hay alguna forma de un orden constitucional bien establecido que se apoya en una tradición constitucional que tiene una vigencia importante, cuando ese orden constitucional utiliza la separación de poderes (por lo menos en lo que implica remover la adjudicación judicial de la arena democrática salvo en lo que hace al posible recurso de tribunales de jurados) y cuando la seguridad de, al menos, los derechos constitucionalmente derivados es firmemente mantenida. En este sentido, es constitucionalismo es un prerrequisito de la democracia [...] La democracia constitucional es tal vez una democracia imperfecta; ella reconoce bienes fundamentales que no derivan del concepto mismo de democracia e insiste en que el valor del procedimiento democrático de toma de decisiones debe ceder ante aquellos otros bienes. Es una democracia calificada, no una democracia pura y simple. Parece, sin embargo, ser la única concepción viable de la democracia. (MacCormick, 1989 apud Nino, 2002:46)

Como adiante se abordará, noutro tópico, os temas da supremacia das constituições e do controle de constitucionalidade resvalam questões outras, absolutamente interligadas entre si, como as da coordenação de poderes e do modelo de democracia que se deseja fortalecer em uma dada sociedade.

3 APORTES ESCLARECEDORES DA HISTÓRIA JURÍDICO-POLÍTICA NORTE-AMERICANA

Os debates sobre o *Judicial Review* deitam raízes na história constitucional do ocidente, especialmente no contexto norte-americano, porquanto naquele país identifique-se o berço desse instituto que vai sendo consagrado por meio dos tempos. Ainda em pleno século XVIII identificam-se os primeiros imbróglis envolvendo o tema, pois que:

Los cuestionamientos al judicial review comenzaron pocos años después de aprobada la Constitución de 1787, cuando el poder judicial federal quedó en medio de la disputa política

suscitada entre Republicanos y Federalistas durante la primera presidencia de Thomas Jefferson (1801-1805). Éste lideró un duro embate contra el poder judicial federal que derivó en los procesos de remoción del juez federal John Pickering y del Justice Samuel Chase, único integrante de la Corte Suprema estadounidense que fue sometido a juicio político. Pickering fue removido a comienzo de 1804. Chase resultó finalmente absuelto. (García-Mansilla, 2008:8/41)

A rigor, o que há em pauta, imbricado com o tema específico do controle de constitucionalidade, são as próprias agruras políticas, sociais e jurídicas que compuseram o ambiente de nascimento dos Estados Unidos, enquanto estado nacional soberano. Os acirrados debates entre republicanos e federalistas, no alvorecer do direito constitucional norte-americano, é pano de fundo sempre presente de forma marcante. Naquele ambiente estava em permanente discussão o modelo de democracia que se pretendia erigir, cuidando-se de evitar, ao menos na ótica de James Madison, um modelo demagógico e asfíxiante de democracia das maiorias, com mecanismos frágeis de controle do poder do Estado. Temendo, assim, o domínio passional de facções particulares no contexto de uma suposta democracia pura, Madison enfatiza no Federalista nº 10 o seguinte:

The two great points of difference between a democracy and a republic are: first, the delegation of the government, in the latter, to a small number of citizens elected by the rest; secondly, the greater number of citizens, and great sphere of country, over which the latter may be extended. The effect of the first difference is, on the one hand, to refine and enlarge the public views, by passing them through the medium of a chosen body of citizens, whose wisdom may best discern the true interest of their country, and whose patriotism and love of justice will be least likely to sacrifice it to temporary or partial considerations. Under such a regulation, it may well happen that the public voice, pronounced by the representatives of the people, will be more consonant to the public good than if pronounced by the people themselves, convened for the purpose. On the other hand, the effect may be inverted. Men of factious tempers, of local prejudices, or of sinister designs may, by intrigue, by corruption, or by other means, first obtain the suffrages, and then betray

the interests, of the people. (Hamilton; Madison; Jay, 1994:51-52)

Como se pode perceber, era a própria alma política e jurídica norte-americana que se encontrava em gestação naqueles turbulentos anos, tendo sido Madison, sem sombra de dúvida, o principal ideólogo da Convenção e, talvez, o maior responsável intelectual pela Constituição de 1787. Também decorre desse contexto histórico que “não era de se estranhar que toda a artilharia teórica da Convenção Federal se orientasse a erigir controles sobre o poder. A grande ‘criação’ dos convencionais consistiu, por isso, no sistema de freios e contrapesos” (Gargarella, 2006:176). A abordagem que se faz neste artigo sobre o aspecto pontual do *Judicial Review* naturalmente perpassa tais questões: modelo de democracia, coordenação de poderes, “freios e contrapesos”.

Ainda que tenha se tornado quase que lugar comum a identificação do controle judicial de constitucionalidade como invenção de John Marshall, no famoso caso “*Marbury v. Madison*”, há indicações seguras de sua existência antes disso, inclusive tendo os *Founding Fathers* norte-americanos considerado esse controle como uma das principais atribuições do Poder Judiciário federal na Constituição de Filadélfia. A rigor, Marshall protagonizou uma célebre questão em um ambiente dominado por esse clima. A discussão, entretanto, acerca da prerrogativa de os juízes declararem inconstitucionais leis aprovadas pelo Congresso, possui as suas origens a partir do caso “*Marbury v. Madison*” (García-Mansilla, 2008:09/41).

Mencionado também por García-Mansilla há o caso “*Dred Scott v. Sanford*”, fortemente questionado pelo Presidente Lincoln, que, em discurso realizado no Congresso, em 4 de março de 1861, afirmou:

No me olvido de la posición asumida por algunos respecto a que las cuestiones constitucionales deben ser decididas por la Corte Suprema. Tampoco niego que esas decisiones son obligatorias, en cada caso, para las partes del proceso, respecto del objeto de ese proceso y merecen un muy alto respeto y consideración en todos los casos similares por los otros departamentos de gobierno [...] Al mismo tiempo, el ciudadano común debe confesar que si la política de gobierno respecto a cuestiones vitales, que afectan a todo el pueblo, va a ser fijada irrevocablemente por decisiones de la Corte Suprema, en el instante en que son emitidas en litigios comunes entre

partes actuando en causa propia, el pueblo habrá dejado de ser soberano e habrá resignado prácticamente su gobierno en las manos de ese eminente tribunal. (2008:10-11/41)

Em fins do século XIX, James Bradley Thayer produziu um dos mais relevantes trabalhos acadêmicos sobre o tema no contexto norte-americano, enfatizando que a Suprema Corte deveria atuar de maneira distinta quando estivessem em questão decisões emanadas de Poderes Públicos. Nesses casos deveria prevalecer uma esmerada prudência dos juízes ao exercer o *Judicial Review*. Também preconizou Thayer a regra do *clear mistake*, segundo a qual um erro simples dos poderes políticos no exercício de suas atribuições não era suficiente para a declaração de inconstitucionalidade. Ou, antes, o *Judicial Review* só era justificável em situações realmente graves e complexas. Registre-se que alguns juízes da Suprema Corte, como Oliver Wendell Holmes, aderiram à postura minimalista do Poder Judiciário proposta por Thayer (García-Mansilla, 2008:11-12/41).

Ao longo do século XX, outras tantas questões afetas ao tema surgiram na realidade norte-americana, cabendo destaque a mais uma delas, ocorrida em fins da década de 50, no debate Hand-Wechsler. Durante as festejadas *Holmes Lectures*, de Harvard, em 1957, o Professor Learned Hand⁵ afirmou, de maneira peremptória, que o texto constitucional norte-americano não autorizava o *Judicial Review* nem mesmo à Suprema Corte, nem que os Poderes Executivo e Legislativo deviam se submeter a tais decisões judiciais. Disse ainda que “*el control judicial de constitucionalidad no podía justificarse como una deducción lógica de la estructura constitucional, sino como una condición práctica para su funcionamiento exitoso*” (Hand, 1958 *apud* García-Mansilla, 2008: 14-12/41).

A resposta veio no ano seguinte pela pena do Professor Herbert Wechsler⁶, da Universidade de Colúmbia. Foi feita a defesa do *Judicial Review* e a sua compatibilidade com o texto constitucional. Para Wechsler, não havia previsão de liberdade aos juízes para se absterem de enfrentar casos envolvendo decisões do Poder Executivo ou Legislativo. Essa abstenção só estaria garantida se proviesse da própria Constituição, de maneira expressa, o que não era o caso. Para evitar que os juízes atuassem como uma terceira instância legislativa,

⁵ O livro de Learned Hand, mencionado por García-Mansilla, é *The Bill of Rights* (Harvard University Press, Cambridge, 1958).

⁶ O texto de Herbert Wechsler, mencionado por García-Mansilla, é “*Toward Neutral Principles of Constitutional Law*”, em *Harvard Law Review* (t. 73, 1959).

Wechsler preconizava algo sem o menor sentido real, ou seja, propunha uma regra de viés ideológico, ou uma boa intenção de vontade, mais que qualquer outra coisa:

Los jueces actuaran aplicando principios valorativos neutrales, fundando sus decisiones en razones respecto de todos los aspectos del caso, razones que en su generalidad e neutralidad debían trascender cualquier resultado inmediato que se encuentre en juego en la decisión judicial. (Wechsler, 1959 apud García-Mansilla, 2008:15-12/41)

Para concluir este brevíssimo passeio histórico, apresentado apenas como suporte para a tese que se pretende esboçar adiante, cabe registrar uma posição crítica mais recente, ainda no contexto do debate norte-americano sobre o *Judicial Review*, de Jeremy Waldron, que admite o mencionado controle apenas quando certas características estruturais da organização estatal e do desenvolvimento político de uma dada sociedade não se fazem presentes. Enfatiza o professor neozelandês o seguinte:

To focus my argument, and to distinguish the core case in which the objection to judicial review is at its clearest from non-core cases in which judicial review might be deemed appropriate as an anomalous provision to deal with special pathologies, I shall set out some assumptions. [...] Let me lay out in summary the four assumptions I shall make. We are to imagine a society with (1) democratic institutions in reasonably good working order, including a representative legislature elected on the basis of universal adult suffrage; (2) a set of judicial institutions, again in reasonably good order, set up on a non representative basis to hear individual lawsuits, settle disputes, and uphold the rule of law; (3) a commitment on the part of most members of the society and most of its officials to the idea of individual and minority rights; and (4) persisting, substantial, and good faith disagreement about rights (i.e., about what the commitment to rights actually amounts to and what its implications are) among the members of the society who are committed to the idea of rights. (Waldron, 2006:1359-1360)

Os extratos da evolução da história constitucional norte-americana aqui apresentados abrem espaço para criar condições de contextualização acerca do tema ora discutido. Percebe-se que o debate sobre o papel do *Judicial Review* possui uma dimensão histórica, avançando no tempo ao longo destes últimos pouco mais de duzentos anos. É curioso observar que algumas questões afetas ao tema são reiteradas, sinalizando quase que para um persistente retorno, como a discussão acerca da legitimidade dos juízes para efetivarem o controle de constitucionalidade em um dado ordenamento jurídico-normativo.

4 JUDICIALIZAÇÃO DA VIDA E ATIVISMO JUDICIAL - RELAÇÕES COM O JUDICIAL REVIEW

Ainda que sejam tratados muitas vezes como o mesmo fenômeno, a judicialização e o ativismo judicial são realidades distintas que não possuem as mesmas causas imediatas. No que afeta à judicialização da vida, o que se apresenta é uma inclinação crescente no sentido de que relevantes questões sociais e políticas de uma dada sociedade sejam decididas pelo Poder Judiciário, em detrimento do Executivo e do Legislativo enquanto instâncias políticas. Já o ativismo judicial se apresenta como uma inclinação à participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação de valores e fins constitucionais, também, de certa maneira, com a ocupação de espaço dos demais poderes. Percebe-se que, não obstante se apresentem como realidades muito próximas, encontramos diante de fenômenos ligeiramente distintos (Barroso, 2008:2-6/19).

O Professor Luís Roberto Barroso, em texto específico sobre o tema, indica que, ao lado de existirem tendências mundiais voltadas ao fenômeno da judicialização, há também causas específicas afetas à realidade brasileira. Três delas podem ser mencionadas como mais significativas: a redemocratização do país a partir de 1985; a constitucionalização abrangente, ou seja, a introdução no texto constitucional das mais variadas matérias antes tratadas pelo processo político ou pela legislação infraconstitucional; o próprio sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, dos mais alargados do mundo, porquanto se apresenta como sistema eclético de atuação incidental e concentrada. Já em relação ao ativismo judicial, que se apresenta como uma atitude proativa do Judiciário em face da Constituição, as causas mais marcantes são a existência de um controle judicial de constitucionalidade prescrito no ordenamento jurídico brasileiro e uma certa omissão dos demais poderes em face das inúmeras demandas, especialmente afetas a normas constitucionais de natureza programática, da sociedade brasileira (Barroso, 2008:2-10/19).

Não resta dúvida de que, em relação ao ativismo judicial reinante na nossa experiência jurídica mais recente, entrelaçado com postulados de um certo neoconstitucionalismo, há uma marcante influência do predomínio de posturas solipsistas no Judiciário brasileiro. Trata-se de uma persistente dificuldade de superação de modelos afetos à filosofia da consciência, com a manutenção automática das clássicas relações entre o sujeito e o objeto, com foco em um dos dois polos da relação. Enfim, para a maioria dos juízes brasileiros, mergulhados consciente ou inconscientemente no fatídico capítulo VIII, da Teoria Pura de Kelsen, decidir é ato de vontade e pronto.

Identifica-se, assim, como causa dos dois fenômenos mencionados, ainda que não sejam causas exclusivas, a figura do *Judicial Review*, que, como apresentado, possui as suas origens históricas na realidade constitucional norte-americana. Pode-se falar, então, de certa relação entre os fenômenos, que são distintos, mas que se tocam no dia a dia das operações jurídico-constitucionais. De forma quase que necessária, a imbricação desses fenômenos carrega consigo outro tema, o da separação de poderes e eventual ocupação de espaço de uns pelos outros. Ademais, em uma certa linha de raciocínio que adiante será enfrentada, a questão muitas vezes se coloca em termos de maior ou menor legitimidade deste ou daquele poder para a efetivação do Direito⁷ em um dado Estado que se apresente como democrático.

Ao lado da judicialização da política, tendência do mundo ocidental desde o final da Segunda Guerra, ganha corpo nas discussões teóricas sobre o tema o fenômeno da politização da justiça. No limite, discute-se acerca do efetivo papel do legislador (função eminentemente política) e a usurpação desse papel pelos magistrados, ainda que sob a justificativa de atuação meramente negativa. Isso perpassa assuntos como o da efetivação de decisões de repercussão geral, versando sobre direitos e garantias fundamentais, sendo concretizadas por uma dezena de mentes iluminadas, em detrimento da leitura de mundo de um conjunto maior de atores representativo de tendências mais amplas da própria sociedade. A propósito da complexidade do tema, valem as seguintes palavras:

A síntese entre político e jurídico é possível em duas diferentes dimensões. Em uma primeira ocorrência, tem-se, na realidade, uma noção extremamente lata da política, pelo que algumas das funções estariam também

⁷ Direito aqui apresentado em um sentido amplo, ou seja, não apenas no sentido clássico da jurisdição civil, mas no sentido de efetivação de normas programáticas e de políticas públicas delas decorrentes.

inseridas nesse contexto (além da vertente jurídica). Essa possibilidade, contudo, é apenas um problema terminológico e não revela a essência da questão. A segunda ocorrência hipoteticamente cogitável é aquela em que apesar de jurídica, a atuação do Tribunal Constitucional pode estar penetrada por traços marcadamente políticos, na acepção própria e estrita desse vocábulo. Tal ocorrência significaria a corruptela da atividade jurídica na exata medida dos pontos materiais preenchidos por aquela abordagem. [...] As possibilidades políticas de decisão, como visto, ou lhe são externas, ou se esvaem em aspectos meramente terminológicos. Do contrário, a combinação entre político (partidário/arbitrário) e jurídico significaria a ruína (ou ao menos uma forte debilitação) deste último. (Tavares, 2005:487)

No bojo de todo o tema encontra-se o controle das políticas públicas, com a devida delimitação do que é matéria constitucional e do que é matéria afeta ao processo político. Na busca de se efetivar uma supremacia constitucional, não se pode correr o risco de efetivação de uma extravagante hegemonia judicial, se esse não for o intento da sociedade. Uma constitucionalização exacerbada pode trazer junto, como subproduto, consequências indesejadas⁸, como o esvaziamento do poder das majorias (de natureza política) e o fortalecimento do decisionismo judicial (de natureza metodológica). Alerta-se para o fato de que juízes e Tribunais necessitam adotar certo rigor dogmático, especialmente no que afeta à utilização de normas com conceitos jurídicos indeterminados e com conteúdo fluido. A utilização excessiva da discricionariedade judicial, mormente nos *hard cases*, pode trazer sérios riscos a valores indispensáveis ao direito, como segurança e justiça (Barroso, 2010:383-395).

No centro da questão dos fenômenos da judicialização e do ativismo judicial encontra-se a figura do magistrado, aquele que, em último sentido, profere a decisão. Na condição de intérprete privilegiado do texto normativo e da norma, porquanto de sua atuação brote uma consequência jurídica que

⁸ Chamo-as de indesejadas, e não de negativas, pois o ponto central da questão não seria a discussão valorativa (bom ou ruim), mas a identificação do claro interesse da sociedade, que pode conscientemente preferir uma democracia menos majoritária e um decisionismo judicial mais alargado.

se abate sobre os mortais comuns, aos magistrados, como de resto a todos os operadores do Direito, cabe o seguinte alerta:

Nunca é demais repetir que há limites no processo hermenêutico. Ao contrário do que pensam alguns doutrinadores, o processo de atribuição de sentido não é arbitrário, “segundo as íntimas convicções do intérprete”. Que norma e texto são coisas diferentes, não é novidade. Mas isto nem de longe pode significar que o intérprete esteja autorizado a atribuir sentidos arbitrariamente, sob os ventos do pragmatismo ou de eventuais “sentimentos do justo”. Nunca é demais trazer a lição de Gadamer: se queres dizer algo sobre um texto, deixe primeiro que o texto lhe diga algo. O problema é que, às vezes, os textos jurídicos nos dizem coisas das quais não gostamos. (Streck, [s.d.]:6/21)

E há mais um aspecto a ser realçado em relação ao tema do decisionismo. Em uma questão que envolveu o confisco de ativos de cidadãos britânicos na região do canal de Suez, após a crise de 1956 (*Anisminic v. Foreign Compensation Commission*), Neil MacCormick argumenta:

O caso *Anisminic* foi uma referência nesse desenvolvimento. Para que a empresa tivesse sucesso no caso, foi necessário argumentar não somente que a Comissão cometeu um erro jurídico ao rejeitar o pleito da empresa, mas também que o erro foi de tal tipo que tornou inefetiva a proteção conferida pela disposição restritiva às “determinações” da Comissão. De acordo com a jurisprudência administrativa prevalecente, essa tese requeria que o erro tivesse sido de tal ordem que retirasse da decisão da Comissão qualquer efeito jurídico válido, tornando-a juridicamente nula, incompatível com qualquer “determinação” válida. O juiz de primeira instância na Corte Superior decidiu que a *Anisminic* produziu um argumento nesse sentido; a Corte de Apelação entendeu que não, e reverteu o julgamento de primeira instância. No recurso final, a Câmara dos Lordes revogou a decisão da Corte

de Apelação e reafirmou o julgamento de primeira instância. (MacCormick, 2008:347)

E arremata o jurisfilósofo escocês, tomando por base o caso mencionado, em relação ao acerto ou erro das decisões judiciais:

A tensão entre decisionismo e erros judiciais é posta de maneira acentuada por duas justificativas conflitantes para duas decisões opostas na mesma questão, proferidas respectivamente por Lord Diplock e Lord Reid, dois dos mais influentes juizes do século XX. [...] Lord Diplock parte da tese inegável de que respostas a problemas jurídicos são questões de opinião. Ele extrai desta tese a conclusão e que respostas não podem ser sujeitas a nenhum parâmetro absoluto de certo e de errado. Assim, para fins jurídicos, segundo Lord Diplock, o que é “correto” – e ele coloca correto entre aspas – pode ser definido apenas em termos da autoridade da opinião da pessoa, sendo que se entende autoridade, por sua vez, em função da probabilidade de os órgãos executivos agirem em resposta a afirmações decisivas de opinião. [...] Em contraste, a opinião de Lord Reid conserva a distinção entre o conceito de validade de uma decisão e o de correção ou incorreção da decisão dada. Lord Reid vislumbra que há vários modos ou formas de erro na tomada de decisão (ele dá uma extensa lista desses modos), e que alguns daqueles se referem à validade de uma decisão, enquanto outros não. [...] Podemos observar, portanto, que esta é uma concepção de correção independente da autoridade. [...] Deve ter ficado óbvia agora a relação desse contraste de teses com o título do presente capítulo: é possível que os juizes julguem incorretamente? Aqui temos dois juizes apresentando visões mutuamente contraditórias sobre a mesma questão. Disso decorre, pelo princípio do terceiro excluído, que ambos não podem estar certos, e daí que pelo menos um está errado. (MacCormick, 2008:347-349)

Esses questionamentos, a partir de posicionamentos críticos de juízes ingleses sobre o ato de decidir, embora pouco comuns nos textos das sentenças e dos acórdãos dos magistrados e das cortes brasileiros, compõem naturalmente um mosaico teórico diretamente associado a temas como o do controle judicial de constitucionalidade, o da judicialização do político e o do ativismo judicial.

5 LEGITIMIDADE - CONCEITO DE DIFÍCIL APREENSÃO

Tanto no âmbito da Ciência Política quanto no campo do Direito o conceito de legitimidade vez por outra se faz presente, de alguma forma associado à ideia de um determinado tipo ou expressão de poder. Esse conceito, entretanto, não se apresenta com certa dose de objetividade e clareza, gerando dificuldades para o seu manejo teórico.

Em um trabalho que trata da legitimidade no Direito, com suporte no pensamento de Hannah Arendt, o Professor João Maurício Adeodato, quando da apresentação do problema que pretendia enfrentar, já sinalizou para o fato de que lidaria com vários conceitos de legitimidade, o que dificultaria o enfrentamento da questão. Ademais, salientou o autor que alguns desses conceitos eram discrepantes e mesmo em oposição explícita de uns em relação a outros. Assim, a aproximação de um conceito inicial identifica a legitimidade como uma qualidade atribuída ao poder, não podendo um conceito ser tomado por outro, nem a legitimidade é um corolário essencial do poder. Enfim,

é possível um poder puro e simples, sem legitimidade, pelos menos temporariamente. Ao mesmo tempo, a legitimidade traz uma conotação de desejabilidade, é positivamente valiosa em relação ao poder, isto é, o poder legítimo é preferível ao ilegítimo. [...] O tema da legitimidade é tão polêmico e discutível que, em um mesmo volume, diante de uma mesma questão - sobre o papel da legitimidade para o pensamento político moderno - dois autores fornecem respostas não só diferentes, o que seria normal, mas francamente contraditórias: enquanto Bobbio entende que a legitimidade passa a assunto fundamental para a política com a doutrina de Max Weber (muito embora afirme que a legitimidade raramente é problema central mesmo em autores pós-weberianos), Cotta admite que a legitimidade se incorpora à reflexão política

ocidental desde a Grécia antiga e, ao contrário, diminui de importância na época moderna pela extraordinária ascensão da legalidade. (Adeodato, 1989:19-22)

A propósito da referência a Weber, vale lembrar o seu estudo sobre os tipos de dominação e sobre as formas de legitimidade, marcante no universo da Sociologia ao longo dos últimos cem anos. É significativa, inclusive, mesmo para outros campos do conhecimento, a identificação feita da dominação legal (uma das três formas legítimas de exercício do poder) com a necessidade de uma estrutura de administração burocrática. Acentua o sociólogo alemão, e isto é de veras importante para a compreensão do tema, que:

la "legitimidad" de una dominación debe considerarse sólo como una probabilidad, la de ser tratada prácticamente como tal y mantenida en una proporción importante. Ni con mucho ocurre que la obediencia a una dominación este orientada primariamente (ni siquiera siempre) por la creencia en su legitimidade. (Weber, 1998: 171)

Em uma perspectiva filosófica acerca da questão da legitimidade, sempre em busca de uma melhor delimitação do conceito, adentramos em uma inevitável seara de justificação e de apresentação de valores do poder legal. Assim, em um contexto de existência de bases legais para o exercício do poder – em sentido lato –, ao que tudo leva a crer também se identifica como desejável, conforme se mencionou antes, a existência de padrões de legitimidade sustentando o exercício desse poder. Nesse sentido, e para os fins deste artigo, merecem atenção as ideias que seguem:

Do ponto de vista filosófico, a legitimidade repousa no plano das crenças pessoais, no terreno das convicções individuais de sabor ideológico, das valorações subjetivas, dos critérios axiológicos variáveis segundo as pessoas, tomando os contornos de uma máxima de caráter absoluto, de princípio inabalável, fundado em noção puramente metafísica que se venha a eleger por base do poder. [...] A legitimidade assim considerada não responde aos fatos, à ordem estabelecida, aos dados correntes da vida política e social, segundo o mecanismo em que estes se desenrolam – o que seria já do âmbito da legalidade – mas inquire acerca dos

preceitos fundamentais que justificam ou invalidam a existência do título e do exercício do poder, da regra moral, mediante a qual se há de mover o poder dos governantes para receber e merecer o assentimento dos governados. (Bonavides, 1996:115)

Ainda que se perceba a importância do tema para o exercício do poder político, reafirmada pelos mais variados pensadores, em termos como “o problema da legitimidade é basilar na ciência política. Sem ele, as instituições não teriam consistência nem duração; seriam como aquelas cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas” (Cunha, 2005:289), ainda assim o que se percebe é uma fluidez do conceito, um alargamento demasiado do tema, abrindo brecha para posicionamentos muito variados e até, como se indicou, conflitantes. Essa percepção gera dificuldades de se manejar o conceito com algum grau de segurança, especialmente quando se deseja estabelecer a fundamentação de alguma tese a partir dele.

De alguma maneira o que se encontra em foco, também, ao menos em face da temática deste artigo, é o quadro de relação entre o Direito e o Estado, já que a questão da legitimidade, bastante atrelada ao exercício do poder político na modernidade, nos põe em contato inevitável com a ideia de Estado. Sobre o tema convém salientar, ainda que de forma muito ligeira, as posições de Hans Kelsen e de Max Weber, ambos integrantes, cada um ao seu modo, da corrente do positivismo jurídico. Não obstante aqui e ali sobressair a tese de que esses autores assumem posições divergentes sobre a mencionada relação, são oportunas as lições esclarecedoras de Bobbio:

Certamente, em Weber, os conceitos de Direito e de Estado remetem um ao outro, embora não se reduzam um ao outro. O termo comum a ambos é “*coação*”, termo que tem lugar central na teoria kelseniana. O conceito de coação tem uma parte importante, essencial, tanto na definição de Direito, enquanto serve para distinguir o Direito da convenção, quanto na definição de Estado, enquanto serve para distinguir o Estado como grupo político da Igreja, por exemplo, como grupo hierocrático. [...] A identificação do Estado com o Direito num determinado território é um fenômeno característico do Estado moderno, ou seja, um fato histórico. [...] Quem tiver alguma familiaridade com o pensamento

kelseniano não demora a perceber a conexão bem estreita entre a teoria weberiana e kelseniana do direito e do Estado quanto à impositação geral, à posição central do conceito de coação, e à definição meramente estrutural do Direito e do Estado, quanto à recusa de qualquer referência aos fins. (Bobbio, 2008:233-234)

Eis que da relação entre Estado e Direito, ou, ainda, da aproximação entre poder e ambiente jurídico-normativo, ganham corpo, na modernidade, discussões sobre a legitimidade do controle de constitucionalidade. Há no entorno da questão um dado dilema, já sugerido noutra parte do texto. Afinal, ou não há controle algum, e o legislador ordinário pode modificar a Constituição ao seu bel prazer, não cabendo sinalizar para a sua supremacia, ou há algum mecanismo de controle, e quem o exerce assume relevante papel na estrutura do Direito, e do Estado, usurpando parcela do poder político, com o natural esvaziamento do papel de outros atores sociais. Busca-se superar tal dilema inserindo-se na reflexão o tema da legitimidade e da sua relação com modelos de democracia (Hamon; Troper; Burdeau, 2005:59).

A zona sombria acerca do tema da legitimidade, entretanto, permanece quase que inalterada. Em não havendo um conceito objetivo que sinalize para uma ideia clara, abundam as dificuldades de se utilizar o mencionado conceito. Afinal de contas, o que significa dizer, de forma segura, que um determinado órgão do Estado detém maior legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade? Talvez a questão recorrente seja de mera preferência, ou de puro viés ideológico, caso o mote seja o da legitimidade. Se considerarmos ainda que essa ideia se aproxima da de justiça, em um sentido lato, a complexidade de apreensão do tema cresce ainda mais.

Dizer que uma dada opção em termos de estrutura de funcionamento do Estado é menos legítima do que outra, como bastante se diz em relação ao *Judicial Review*, é um pouco como andar em círculos, repetindo que esse ou aquele modelo é melhor, é mais justo, etc. Não se consegue estabelecer uma conexão de conceitos que seja segura, mesmo que para fulminá-la com um contraponto crítico radical. Ademais, já é um tanto quanto saliente, nos estudos de Filosofia do Direito, a complexidade da ideia de justiça. Mesmo sendo ideias marcantes, as de legitimidade e de justiça, que não podem ser abandonadas a partir de uma postura minimalista, mas o seu manejo requer a presença de algumas balizas de segurança conceitual. Com Weinberger pode-se atentar para o seguinte fato:

Sono dell'opinione che nessuno sappia in maniera oggettiva e definitiva – oppure possa dimostrare – ciò che è giusto. Sono però al tempo stesso convinto che si possa argomentare razionalmente sui problemi della giustizia, e mi pare che si possa talvolta – almeno relativamente a certe premesse assai palusibili – provare che qualcosa è ingiusto. (Weinberger, 1990:238)

Enfim, e mais uma vez, dizer da ilegitimidade de algo, ou do seu caráter mais ou menos justo, ainda que nos remeta ao campo de uma argumentação forte, porquanto sinalize para o desejável, no fundo não passa de viés dominado por uma postura amplamente valorativa, muito próxima do espaço da ideologia, o que, como se disse, dificulta a compreensão de um determinado tema.

6 COORDENAÇÃO DE PODERES E DEMOCRACIA

Ao que tudo leva a crer pelo exposto até aqui, qualquer discussão mais acurada acerca da forma de controle de constitucionalidade a ser adotada em um dado Estado Democrático, com regular funcionamento de suas instituições, não estaria bem ancorada no tema da legitimidade, especialmente em face da largueza e vaguidade do conceito. Mais prudente será a identificação de um outro horizonte de análise, capaz de propiciar respostas mais seguras, ainda que não necessariamente incontroversas.

Nesse sentido, alguma discussão acerca da divisão de poderes e do modelo de democracia que se pretende instaurar em uma dada sociedade parece ser mais relevante ao tema do *Judicial Review*. Afinal, partindo do pressuposto de que os cidadãos politicamente conscientes possuem relevante papel em uma sociedade efetivamente democrática, é de se imaginar que a esses cidadãos cabe a definição do tipo de democracia⁹ em que desejam viver e, por via de consequência, como os poderes do Estado devem se articular tendo em vista o fim almejado.

Na análise preliminar do que seja o poder do Estado, pode-se indicar, amparado na boa doutrina, alguns traços que lhe são afetos. Trata-se, pois, de um poder que possui imperatividade e que ostenta natureza integrativa. Por sua vez, apresenta ainda, esse poder, a capacidade de autoorganização, e possui

⁹ Pode-se perfeitamente assimilar a ideia de que o conceito de democracia também é difuso e que, na prática cotidiana dos Estados, esse regime pode assumir matizes distintas em relação a muitos aspectos que não sejam substanciais ao modelo.

um traço nítido de unidade e de indivisibilidade. É também um poder soberano, tanto ao nível interno como na relação com os demais Estados. Sobre os temas da legitimidade e da legalidade, há autores que indicam tais características como inerentes ao poder estatal, mas há outros que não percebem tais traços como os seus elementos característicos (Bonavides, 1996:106-110).

Na base da discussão acerca da teoria da divisão de poderes encontra-se o tema das funções do Estado. Grosso modo, dois são os sentidos atrelados a essas funções: finalidade correspondente a necessidades sociais e atividade com características próprias. O primeiro sentido naturalmente aproxima a sociedade do Estado, porquanto este se apresenta enquanto comunidade, o que necessariamente não ocorre com o segundo sentido, que nada mais é do que expressão específica do poder político. Em meio a contribuições teóricas, produzidas ao longo dos séculos, desde o pensamento filosófico grego clássico até os últimos cem anos, pode-se identificar, com certa margem de segurança, três funções essenciais ao Estado, quais sejam, a política, a administrativa e a jurisdicional. Pode-se, inclusive, distinguir na função política a subfunção legislativa e a subfunção governativa *stricto sensu* (Miranda, 2005:230-241).

Saltando das funções do Estado para a separação dos poderes, que operacionalizam tais funções, cabe registrar que a primeira grande contribuição, com perfil mais elaborado, coube a John Locke. Sobre o papel do pensador inglês acerca do tema vale o registro:

Com todas as suas limitações, o esquema de relação entre poderes estabelecido por John Locke pressupõe um progresso substancial a respeito das reflexões que o precederam. Apesar de suas indecisões, confusões e lacunas, perceptíveis sobretudo no espaço de ligação entre separação *funcional* e separação *orgânica*, e apesar da ausência de um esquema para resolver os conflitos que possam se apresentar entre os órgãos (poderes) do Estado, a contribuição de Locke traz também, neste âmbito, elementos de teoria política que no futuro irão centralizar uma boa parte das polêmicas que a progressiva construção do Estado liberal gerará. (Valdés, 2011:29)

Desse ponto em diante, o movimento que assume papel fundamental em relação à questão é o da passagem da separação de poderes para o da

coordenação de poderes, e nesse campo o papel do barão de Montesquieu, ao tratar da Constituição¹⁰ da Inglaterra, até hoje é encarado como marcante. Tendo em vista o foco na ideia de liberdade, apresentando-se esta como efetiva submissão do cidadão à lei (e não ao arbítrio do governante), necessário se faz, segundo Montesquieu, algum mecanismo de distribuição dos poderes. O princípio da especialização e o seu corolário, da separação funcional e orgânica dos poderes, da maneira sucinta como foi apresentada no Espírito das Leis, foi alvo de diversas críticas. Abriu caminho, entretanto, o pensador francês, para o tema da coordenação de poderes, plasmado a partir do sistema de freios e contrapesos, essa a verdadeira doutrina constitucional de Montesquieu presente em sua obra célebre (Valdés, 2011:41-48).

Eis, pois, o cerne da questão objeto deste artigo: em um Estado, como devem os poderes se coordenar, a partir de estruturas de combinações de suas funções, de modo a garantir uma dada realidade democrática? Nesse contexto se encaixa também, por óbvio, a forma desejada de controle de constitucionalidade, se efetivada pelo Poder Judiciário, por uma corte judicial de natureza exclusivamente constitucional, por um conselho de Estado, pelo Parlamento, pelo Chefe de Estado, ou por uma combinação de alguns desses atores. Com certeza o foco da questão não será apenas o da organização estrutural estática do Estado, na perspectiva do exercício do poder político, mas, sobretudo, o do tipo de democracia¹¹ que a sociedade de forma consciente deseja.

A propósito dos debates acerca da democracia, que é uma ideia em permanente mutação, valem algumas ponderações de cunho mais filosófico:

O sistema político e social da atualidade faz com que o Estado tenha um conjunto de novas responsabilidades, que ultrapassam os limites definidos no quadro do estado liberal. [...] Existe, portanto, um novo tipo de regime democrático que se delineia, na medida em que os agentes do processo legislativo e de controle do poder acham-se cada vez mais disseminados pela estrutura social. Resta saber como e em que medida esse processo de democratização do processo decisório caminha de forma basicamente semelhante nos sistemas

¹⁰ Constituição em um sentido lato.

¹¹ Um regime democrático pautado na voz da maioria ou um modelo que também valoriza e protege valores da minoria.

políticos diversificados e entre os estados e organismos internacionais. [...] O modelo político-institucional que irá assegurar a democracia cosmopolita implica, por sua vez, numa reavaliação das formas políticas vigentes. [...] O problema central na construção da democracia cosmopolita reside no modelo político-institucional a ser estabelecido. (Barretto, 2010:225-226)

Enfim, o tema do controle de constitucionalidade está umbilicalmente atrelado ao arranjo dinâmico dos poderes, em um dado Estado, em sintonia com o modelo de democracia aí existente. O fato de vivenciarmos uma realidade jurídica decorrente de uma Constituição dirigente não descaracteriza a questão posta, porquanto algum eventual conflito entre esse tipo de Constituição e a democracia não é essencial. Quando se apresenta, o tema parece não estar bem posto. A qualidade da legislação supera em essencialidade a questão do dirigismo. Também não se deve perder de vista, em uma discussão sobre a democracia, especialmente no que afeta aos mecanismos de controle de poder (aí incluído o de constitucionalidade), que o processo eleitoral se apresenta como espécie de procedimento democrático, mas jamais pode ser encarado como o único (Oliveira, 2010:424-426).

A rigor, a questão posta comporta contemplar, de alguma forma, as duas noções de democracia e de controle de constitucionalidade enquanto tipos ideais, em uma perspectiva weberiana. Em relação à democracia, pode-se assumir uma posição mais restritiva ou mais ampla. Para a primeira acepção, o que vale é a democracia direta e o único poder é o do próprio povo. Fora disso, não há verdadeira democracia. Segundo a concepção mais ampla, os modelos representativos também podem ser democráticos, com mecanismos de garantia de vontade das minorias. Em relação aos mecanismos de controle, há de se ressaltar que nem toda lei é expressão da vontade geral e que a própria Constituição estabelece padrões de competência para o processo legislativo. Por outro lado, quando um magistrado diz que uma lei é inconstitucional, o que se afirma, longe de retirar o poder do Parlamento, é que para adotá-la é necessário fazer alguma reforma da Constituição, nos limites previstos pelo próprio texto constitucional. Enfim, no espaço existente entre esses tipos ideais de democracia e de controle de constitucionalidade, que não são realidades antagônicas, é que se pode estabelecer escolhas plausíveis em uma dada sociedade (Hamon; Troper; Burdeau, 2005:59-60).

7 ÚLTIMAS PALAVRAS

Admitindo-se, por alguma razão, a superioridade da Constituição em relação às demais normas do ordenamento jurídico, é imperioso que se estabeleçam mecanismos efetivos de garantia dessa supremacia normativa. Como a produção e a interpretação normativas são experiências relevantes no Estado moderno, apresentando-se como estruturas vivas e, às vezes, geradoras de impasses até de natureza institucional, os mencionados mecanismos de controle precisam se estabelecer de modo a manter um mínimo de compatibilização com um consenso político mínimo da sociedade. Ou seja, em última instância, é a sociedade que precisa sinalizar para a organização de Estado desejada, apresentando este ou aquele arranjo entre os poderes. Ademais, a organização do Estado e o exercício do poder não são fins em si mesmos, mas meios para a efetivação de um ambiente democrático¹² que garanta o respeito cotidiano a direitos fundamentais de natureza individual e coletiva.

É fato que se torna desejável que as escolhas indicadas *supra* sejam produto de algum tipo de racionalidade, evitando-se movimentos centrados no irracionalismo e nas tendências passionais do ser humano. Afirme-se desde já que o tema da racionalidade não é apresentado em uma perspectiva dogmática e até ingênua, segundo a qual tudo pode ser iluminado pela razão e fora disso nada sobrevive com um mínimo de dignidade. Em uma tradição filosófica que remonta a Hume, há de se buscar conexões entre a afetividade e a razão. E mais, a racionalidade buscada para nortear as ações e as justificações apresenta-se como ambiente de possibilidade. Cabe uma reflexão sobre a seguinte postura de MacCormick:

Nor can I do other than express my revulsion from the prospect of a life of arbitrary moment by moment decisions, whether decisions of mine or of others affecting me and my fellow creatures. I shall certainly endeavour to prevent the imposition of any such mode of government. Consistency and coherence, the treating of like cases alike and different cases differently, are possibilities for us in our practical acting, reasoning, and deciding, just as consistency and coherence of thought, and the seeking of similar explanations for similar phenomena and different explanations for different

¹² Também o tipo desejado de democracia deve ser produto de algum consenso político mínimo da sociedade.

phenomena are possibilities for us in our attempts to understand explain and describe the natural universe. "Shall we pursue rationality? Shall we strive for consistency and coherence?" – these are open questions for us in matters both of practice and of speculation. (1994:268-269)

Nesse sentido, não parece razoável estabelecer um posicionamento crítico acerca de um dado modelo de controle de constitucionalidade amparado no tema da legitimidade, porquanto se trate, como anteriormente se mencionou, de conceito aberto, vago, de difícil apreensão. Considerando-se a realidade de um Estado Democrático de Direito, com regular funcionamento de suas instituições, o que realmente significaria dizer que o Poder Judiciário não tem legitimidade para exercer o controle de constitucionalidade? Afora alguma carga valorativa da afirmação, de matiz ideológico, de fato não significa coisa alguma de consistente. Também afirmar que a ilegitimidade seria do Parlamento ou doutro órgão misto cai na mesma situação indicada. Na melhor das hipóteses, a utilização da ideia de legitimidade, para ser utilizada, teria que estar atrelada à delimitação clara da organização estatal, tendo em vista um dado modelo de democracia desejado. Nesse caso, a ilegitimidade teria relação direta não com algum sentido de justiça, mas com mera inadequação a uma dada realidade política previamente explicitada.

De forma muito sucinta é possível afirmar que se a experiência democrática desejada em uma sociedade valoriza o papel da minoria, parece razoável supor que o *Judicial Review* poderia cumprir tal papel. Por outro lado, se o desejável é uma democracia de massas, o controle poderia ser melhor exercido pelo Parlamento ou por algum órgão a ele ligado, representativo da vontade popular majoritária. Se admitimos que há um componente técnico essencial no Direito, para além das injunções políticas de momento, é razoável supor que juristas estariam mais habilitados a efetivar interpretações sistêmicas no âmbito do controle de constitucionalidade. Por outro lado, se entendemos que Direito é mera expressão de uma vontade contingente, se é manifestação política por excelência, se o seu componente técnico é meramente acidental, porquanto instrumental, então é razoável imaginar que o controle de constitucionalidade pode ser efetivado pela visão do cidadão comum, abrigado em algum órgão do Estado. Em um ou em outro modelo, entretanto, a ausência de alguma teoria da decisão, afastando nefastos voluntarismos, põe em grave risco a seriedade do Direito e, como consequência, a própria existência da democracia.

São essas questões que o artigo buscou levantar, em uma perspectiva um tanto panorâmica, mas com o firme propósito de acentuar que a utilização descontextualizada da ideia de legitimidade para fundamentar análises acerca do controle de constitucionalidade mais confunde do que esclarece. Afinal, dizer que um órgão é ilegítimo para dada função, considerando-se naturalmente que ele possua competência constitucional para exercê-la, é dizer que aquela função não é desejável ao órgão, que não é justa a sua atividade. E isso, concretamente, quer significar o quê? Que a democracia – qual democracia? – só é feita por representantes eleitos? Que os magistrados, que os integrantes do Ministério Público, que os integrantes de algum conselho de Estado não possuem no seu organismo o código genético da democracia? Há nessas questões, ancoradas no porto da legitimidade, um lampejo das cidades dos pescadores de Sumatra, flutuando sobre as ondas.

Parece ser mais razoável afirmar que, no tocante ao tema do controle de constitucionalidade, antes de qualquer identificação de órgão a efetivá-lo ou de tipo de controle desejado, há questões prévias a serem respondidas. Entende a sociedade que é um avanço histórico, no âmbito do Estado Democrático de Direito, garantir a supremacia da Constituição? Que democracia uma dada sociedade deseja? Como o Estado vai coordenar os seus poderes tendo em vista a permanente aproximação desse modelo de democracia desejado? Quais os *checks and balances* indispensáveis aos fins almejados? Que teoria da decisão fundamentará a operacionalização dos mecanismos de controle? Só depois dessas reflexões é que se pode falar neste ou naquele órgão de controle de constitucionalidade, neste ou naquele tipo de controle, e, se for o caso, em alguma ideia de legitimidade, devidamente contextualizada, que possa, em vez de obscurecer, iluminar o tema.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício Leitão. *O problema da legitimidade* – No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática, [s.d.]. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica>. Acesso em: 28 out. 2011.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional*. Fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, v. 1, 2005.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 10. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CUNHA, Fernando Whitaker da. O princípio da legitimidade do poder. In: TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Direito e poder – Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos (estudos em homenagem a Nelson Saldanha)*. São Paulo: Manole, 2005.

GARCIA-MANSILLA, Manuel José. Estado Actual del Debate sobre el Control de Constitucionalidade en los Estados Unidos – Exposición en el Instituto de Política Constitucional de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 20 de agosto de 2008. Disponível em: <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/08garcia%20mansilla.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2011.

GARGARELLA, Roberto. Em nome da Constituição – O legado federalista dois séculos depois. In: BORON, Atilio A. (Org.). *Filosofia política moderna – de Hobbes a Marx*. São Paulo: USP, 2006.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The Federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica Inc., 1994.

HAMON, Francis; TROPER, Michel; BURDEAU, Georges. *Direito constitucional*. Trad. Carlos Souza. São Paulo: Manole, 2005.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Tradução do alemão de Alexandre Krug, do italiano de Eduardo Brandão e do francês de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.

- MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. First issued with corrections. New York: Oxford University Press, 1994.
- _____. *Retórica e o estado de direito*. Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional – Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 2002.
- OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- SALDANHA, Nelson. *Ordem e hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- _____. *Formação da teoria constitucional*. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Versión española de Francisco Ayala. 4. reimp. Madrid: Alianza Universidad Textos, 2003.
- _____. *O guardião da constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- SOLA, Juan Vicente. El gobierno de los jueces? La regulación a través del litigio – Comunicación del académico en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 27 de julio de 2011. Disponível em: <<http://www.ancmyp.org.ar/user/files/10%20Sola.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. A concepção cênica da sala de audiências e o problema dos paradoxos, [s.d.]. Disponível em: <<http://www.leniostreck.com.br/site/wp-content/uploads/2011/10/8.pdf>>. Acesso em: 3 dez. 2011.
- TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- VALDÉS, Roberto L. Blanco. *O valor da constituição – Separação dos poderes, supremacia da lei e controle de constitucionalidade nas origens do estado liberal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, New Haven: Yale University, 2006.
- WEINBERGER, Ota. Condizione Umana e Ideale di Giustizia. In: MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Ota. *Il Diritto come Istituzione*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1990.
- WEBER, Max. *Economia y Sociedad*. Segunda edición en español, de la cuarta en alemán. 12. reimp. Trad. José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynez e José Ferrater Mora. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- ZUBIRI, Xavier. *Inteligência e realidade*. Trad. Carlos Nougué. São Paulo: É Realizações, 2011.

A EMPRESA FAMILIAR: DESAFIOS E SOLUÇÕES JURÍDICAS

THE FAMILY BUSINESS: CHALLENGES AND LEGAL SOLUTIONS

Flávia Costa Machado¹

Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais/PUC-MG

RESUMO: Contemporaneamente, as empresas familiares representam uma grande fatia em nosso mercado nacional. O desenvolvimento de atividade econômica organizada por familiares apresenta, ao mesmo passo, vantagens e desvantagens para o mercado. O fato é que as fragilidades das empresas familiares são peculiares, pois os problemas afetivos entre os membros da família refletem consequências que devem ser solucionadas na seara do direito empresarial, sucessório, tributário e trabalhista. No Brasil, inexistem regras específicas para tratar dessas debilidades, embora é comum observar-se que as fragilidades familiares na atuação empresarial são capazes de gerar efeitos danosos à sociedade empresária. Neste artigo, serão apresentadas as vantagens e as desvantagens destas empresas e,

ainda, serão analisadas as soluções jurídicas apontadas pelas doutrinas nacional e estrangeira. Com base nesta análise, objetivamos demonstrar que há necessidade premente de uma regulação jurídica específica em nosso ordenamento jurídico, com vistas a fortalecer o mercado nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Empresa; família; regulação jurídica.

ABSTRACT: *Contemporaneously, family businesses represent a large share in our domestic market. The development of economic activity organized by family presents at the same step, advantages and disadvantages for the market. The fact is that the weaknesses of family businesses are unique because the affective problems among family members reflect consequences that must be addressed in the harvest field of business law, estate, tax and labor. In Brazil,*

¹ Mestra em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra/Portugal, Graduada em Direito pelo Centro Universitário da Cidade, Professora da Escola Superior Dom Helder Câmara e do Centro Universitário de Sete Lagoas/UNIFEMM.

there are no specific rules to address these weaknesses, although in practice it is common to observe that the weaknesses in the family business activity can generate harmful effects on society. This paper will present itself – the advantages and disadvantages of these companies and also will be analyzed – legal solutions presented by national and foreign doctrine. Based on this analysis, we aimed to demonstrate that there is an urgent need for legal regulation specifies in our legal system with a view to strengthening the domestic market.

KEYWORDS: *Company; family; legal regulation.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Conceito de empresa familiar; 2 Debilidades das empresas familiares; 3 Soluções para estrutura empresária familiar; Síntese conclusiva; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Concept of family business; 2 Weaknesses of the family business; 3 Solutions businesswoman family structure; Conclusive synthesis; References.*

INTRODUÇÃO

A noção de família e a sua função na sociedade mudaram exponencialmente ao longo dos anos. No Brasil, até o advento da Constituição Federal/1988, a família era hierarquizada, patrimonializada e institucionalizada conforme as regras previstas no Código Civil de 1916. Neste contexto, é cediço que esta estrutura não conferia iguais direitos aos membros de uma família, isto porque a única entidade familiar reconhecida era o casamento, e o marido era o chefe da sociedade conjugal².

Com efeito, as mulheres não possuíam plena capacidade civil quando casadas e, por outro lado, os filhos adotivos não possuíam os mesmos direitos do que os filhos consanguíneos do casamento e os filhos fora do casamento não possuíam direitos sucessórios e sequer eram reconhecidos como filhos³.

Neste cenário de desigualdade, o qual foi legitimado pelo Estado, não havia muito sentido discutir ausência de previsão legislativa sobre a sucessão da atividade empresária após a morte do patriarca, visto que era o filho varão legítimo do *de cuius* que assumiria o seu lugar como chefe de família e, consequentemente, da atividade empresarial.

² O Estatuto da Mulher Casada da década de 60 do século passado alterou a redação original do Código Civil de 1916. Este diploma legal passou a conferir plena capacidade civil a mulher casada.

³ O princípio da igualdade entre os filhos e da mulher em relação ao homem na chefia da sociedade conjugal foi estabelecido pela Carta Magna de 1988.

Contemporaneamente, os filhos, independente da origem, possuem direitos sucessórios. Por outro lado, o Estado passou a reconhecer a união estável como uma forma legítima de constituição de entidade familiar, ainda quando constituída por pessoas do mesmo gênero⁴. E, ainda, deixamos de lado, também, a estrutura hierarquizada e desigual que marcava a família em outra época. Sendo assim, a família pode ser vista como um instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana dos seus membros. Portanto, abandonou-se, definitivamente, a ideia de que a principal função da família era patrimonial.

Hodiernamente, ainda é comum que os membros de uma família juntem esforços para empreenderem no mercado, formando outros vínculos jurídicos além do parentesco familiar. O fato de haver vínculos patrimoniais advindos da atividade econômica conjugados com os vínculos afetivos denota a peculiaridade desta relação e, por conta disto, é necessário pensar sobre a necessidade ou desnecessidade de haver soluções jurídicas positivadas para os conflitos que possam emergir desta dúplici relação jurídica.

Doutra banda, se antes era fácil resolver quem ficaria no comando da atividade empresária após o falecimento do patriarca, atualmente não é assim, visto que a esposa/marido/companheira/companheiro e os filhos poderão disputar pelo comando da atividade em pé de igualdade. O fato é que estas disputas poderão levar ao fim da atividade empresária, caso os membros da família não consigam encontrar um denominador comum e, assim, os danos destes conflitos podem se estender para toda a sociedade, dependendo do poderio econômico da atividade.

Diante deste dado, o direito empresarial contemporâneo começou a elaborar possíveis soluções para as disputas de comando após o falecimento do patriarca/matriarca. Nesta senda, alguns ordenamentos jurídicos perceberam a importância das empresas familiares e passaram a prever um tipo específico de sociedade, com o fito de melhor tutelar alguns conflitos que possam surgir em virtude do falecimento do patriarca/matriarca familiar – a Colômbia, a Itália e a Espanha adotaram esta postura.

⁴ Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgarem a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 132, reconheceram a união estável para casais do mesmo sexo em 05.05.2011. Em momento posterior, a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, do CNJ determinou que os cartórios civis de registro de pessoas naturais realizassem casamentos entre pessoas do mesmo gênero.

No Brasil, estudos recentes apontam que 90% das empresas que inauguram as suas atividades são formadas por grupos familiares. Contudo, apenas 30% destas passam para a segunda geração familiar. Diante deste dado, conclui-se que o presente estudo é de grande importância para Brasil, pois, se, de um lado, é cediço que o insucesso e a descontinuidade de uma atividade econômica de iniciativa privada poderão gerar grandes impactos em nossa economia; de outro, a ausência de regulação específica sobre o tema demonstra a precariedade em sua solução em nosso ordenamento jurídico⁵.

Com efeito, realizaremos uma análise sobre as vantagens e as desvantagens das empresas familiares, bem como sobre a necessidade ou a desnecessidade de uma legislação específica sobre o tema, com base na experiência alienígena legislativa e nas doutrinas estrangeira e nacional.

1 CONCEITO DE EMPRESA FAMILIAR

O conceito de empresa familiar não é assente. Nesta senda, de forma cumulativa ou não, a doutrina aponta que a empresa familiar estaria presente quando: tiver passado ao menos por duas gerações da mesma família; a sucessão da gestão estiver adstrita à sucessão hereditária; os valores institucionais e a cultura organizacional forem idênticos ao da família; e a propriedade e o controle acionário estão reunidos nas mãos de uma ou mais famílias⁶.

Com base nestes elementos, Donnelley asseverou que “[...] a empresa que tenha estado ligada a uma família pelo menos durante duas gerações e com ligações familiares que exerçam influência sobre as diretrizes empresariais, os interesses e objetivos da família”⁷.

Habitualmente, preleciona-se que não abarca o conceito de empresa familiar as empresas fundadas, por quem não tem herdeiros, pois não haverá questões sucessórias neste quadro.

Por outro lado, também é comum excluir do conceito em comento a empresa individual, visto que a morte do empresário individual não acarretará a sucessão da empresa. Todavia, compreendemos que esta afirmação não está

⁵ PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – Governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23.

⁶ Idem, p. 20.

⁷ DONNELLEY, Robert G. A empresa familiar. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 7, n. 23, p. 161, abr./jun. 1967.

totalmente correta, pois é admissível a continuação da empresa por herdeiro incapaz, nos termos do art. 974 do Código Civil.

E, ainda, a caracterização estará excluída quando se tratar de sócio investidor, vez que a gestão e o poder não serão alterados pela morte do sócio.

Em um outro aspecto, há quem defenda que as sociedades formadas pela reunião de uma ou mais famílias – multifamiliares – não podem ser classificadas como empresas familiares, pois “[...] reúnem grupos familiares distintos, com objetivos de realização de empreendimentos econômicos comuns”⁸.

Embora seja louvável por parte da doutrina a tentativa de estabelecer características estandardizadas para a definição de empresa familiar, compreendemos ser mais acertado pensar que a empresa familiar é toda estrutura de poder e gestão empresarial que pode ser abalada em virtude de questões familiares ou sucessórias⁹.

De todas as tentativas conceituais, é certo concluir que, quando se fala em empresa familiar, podemos extrair dois elementos objetivos presentes em qualquer conceituação, quais sejam: uma empresa e uma família ou grupo familiar. Por outro lado, a intenção de manter a participação familiar enquanto elemento subjetivo das empresas familiares¹⁰.

Com base nestes apontamentos, concluímos que as empresas familiares podem se estruturar por via de qualquer modalidade societária, ou mesmo se estabelecer por intermédio de uma Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI ou firma individual.

1.1 ASPECTOS POSITIVOS DAS EMPRESAS FAMILIARES

As empresas familiares possuem algumas vantagens em relação àquelas que não são formadas por famílias ou grupos familiares. Neste diapasão, podemos citar o fato de as empresas familiares, normalmente, apresentarem

⁸ CARVALHOSA, Modesto. Aspectos societários relevantes nas empresas familiares. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (Org.). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva/ Virgília, 2008. p. 309-310.

⁹ PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – Governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 21.

¹⁰ DUBOIS, Eduardo M. Favier. La redacción de las cláusulas del estatuto societario de la Empresa Familiar. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, a. 115, n. 907, p. 40, enero/marzo 2012.

objetivos mais uniformes e os membros que a compõem revelam um maior comprometimento em cumpri-los¹¹.

Por outro lado, estudos apontam que os membros de uma família confiam mais naqueles que pertencem ao seu grupo familiar e desconfiam mais daqueles que não pertencem a este grupamento; portanto, nestas empresas é possível perceber uma maior confiança e troca de conhecimento do que nas empresas não familiares¹².

Outros fatores positivos podem ser apontados, tais como a flexibilidade no trabalho dos membros que pertencem ao grupo familiar, o planejamento a longo prazo, vez que, normalmente, há intenção de continuidade da empresa, a cultura e as estruturas estáveis, associadas ao fato de os sócios serem membros da mesma família, a maior celeridade na tomada de decisões, vez que há, em regra, um e o fato de os seus membros se orgulharem de pertencerem à empresa familiar e, em relação a terceiros, passam a ideia de maior confiança.

2 DEBILIDADES DAS EMPRESAS FAMILIARES

As empresas familiares apresentam alguns pontos fracos, conforme aponta a doutrina. Em um primeiro prisma, destaca-se o fato de as empresas familiares normalmente seguirem um modelo monárquico, isto é, há uma centralização do poder nas mãos do patriarca/matriarca da família ou de algum membro do grupo familiar¹³.

Os conflitos familiares pessoais, em regra, também podem interferir na gestão da empresa, pois os membros não costumam separar questões pessoais daquelas relacionadas à atividade empresária. Neste prisma, também podemos destacar que é comum haver confusão entre a subordinação familiar e a subordinação empresária¹⁴.

Noutro aspecto, as empresas familiares comumente embaralham as contas pessoais com as contas inerentes à atividade empresária, pois adotam caixa único¹⁵.

¹¹ Idem, p. 40.

¹² DUBOIS, Eduardo M. Favier. La empresa familiar frente al derecho argentino: Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidad jurídica, 2010. Disponível em: <http://favierduboisspagnolo.com/trabajos_doctrina/web6_la_empresa_familiar%20frente.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014, p. 5.

¹³ Idem, p. 5.

¹⁴ Idem, p. 5.

¹⁵ Idem, p. 5.

Em relação aos familiares que trabalham na empresa, é frequente observar-se que não apresentam um desempenho satisfatório; entretanto, costumam ser mantidos nas suas funções. Com efeito, os empregados não familiares sentem-se frustrados com a superproteção conferida àqueles¹⁶.

Uma das desvantagens mais importantes é o fato de, em regra, não haver um planejamento sobre a sucessão do controle acionário e dos cargos diretivos com o falecimento do patriarca da família. Quando não há disposições testamentárias neste sentido, os membros da família que pretendem exercer estas funções passam a discutir judicialmente pelo poder. Este conflito, fomentado por questões de cunho pessoal, poderá levar à dissolução da sociedade, a sua cisão ou até mesmo à falência da empresa¹⁷.

Em suma, as dificuldades de uma empresa familiar são:

*[...] derivadas principalmente de su falta de profesionalización, de la falta de planeamiento de la sucesión, de la inexistencia de canales idóneos de comunicación, y de la confusión de límites entre familia y empresa, todo lo que crea la necesidad de acudir a procedimientos y herramientas que permitan brindarle una debida sustentabilidad en sus diversos planos: económico, psicológico-relacional y jurídico, de modo de permitir su continuación y evitar las altas tasas de mortalidad al pasar a las siguientes generaciones.*¹⁸

Por este motivo, Donaggio e Silveira disciplinam que os desafios das empresas familiares são

[...] a conciliação do crescimento familiar com o crescimento da rentabilidade da empresa; a necessidade de educar herdeiros para o papel de acionista (e eventualmente o de executivos); a profissionalização da família e da propriedade na mesma velocidade da profissionalização da empresa; o estímulo ao comprometimento das próximas gerações (inclusive

¹⁶ Idem, p. 5.

¹⁷ Idem, p. 6.

¹⁸ DONAGGIO, Angela Rita Franco; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. A importância dos conselhos de administração para as empresas familiares. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 124.

em empresas multi-familiares) com a empresa; e a necessidade de prestação de contas de forma periódica e transparente para todos os interessados na empresa, incluindo familiares não envolvidos com a gestão diária.¹⁹

Estas debilidades e estes desafios das empresas familiares decorrem, essencialmente, pelo fato de estarmos diante de três círculos que se entrelaçam, nomeadamente a propriedade, a família e a gestão da empresa. Esta interação entre esses círculos decorre do fato de as questões afetivas influenciarem as tomadas de decisão no âmbito da gestão e da distribuição patrimonial²⁰.

3 SOLUÇÕES PARA ESTRUTURA EMPRESÁRIA FAMILIAR

No Brasil, não existe legislação específica para as empresas familiares, embora hajam pesquisas apontando que as empresas familiares no Brasil representam um grupo significativo dentro da atividade empresária. Sendo assim, passaremos a analisar algumas soluções apontadas pela doutrina com vistas à manutenção da empresa familiar.

Afigura-se importante destacar que os instrumentos jurídicos *de per se* não são suficientes para solucionar as debilidades que se apresentam no âmbito da empresa familiar, pois, normalmente, as discussões entre os familiares envolvem questões afetivas além das patrimoniais e aquelas não são passíveis de solução satisfatória pelo direito. Por este motivo, a psicologia, a administração e a sociologia também estudam o tema, inclusive com maior acuidade do que o direito²¹.

No prisma da regulação jurídica, costuma-se apontar três soluções para a manutenção da empresa familiar. Em primeiro lugar, sugere-se a criação de um estatuto jurídico da empresa familiar que englobará regras societárias, trabalhistas, tributárias, familiares, sucessórias, etc. Por outro lado, há quem aponte como solução para esta modalidade de empresa a criação de um tipo societário próprio. Por fim, propõe-se a criação de regras pontuais que atenderão

¹⁹ Idem, p. 124.

²⁰ Cf. PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – Governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 49.

²¹ Idem, p. 42.

cada problema separadamente com vistas a solucionar os conflitos no âmbito da empresa familiar²².

Em relação ao estatuto jurídico, disciplina-se que não é possível aplicá-la por força da grande variedade de empresas familiares e a pouca utilidade de um estatuto. Já a adoção de um tipo societário próprio para as empresas familiares tem se mostrado insuficiente em virtude das limitações que o tipo impõe aos sócios e ao capital da sociedade com base nas experiências espanhola e colombiana²³.

Sobre as regras pontuais, a Espanha flexibilizou diversas regras em relação às empresas familiares, tais como a possibilidade dos acordos de acionistas versarem sobre herança futura, criou incentivos fiscais e determinou a publicidade dos pactos familiares²⁴.

De outra banda, Carvalhosa disciplina que os instrumentos jurídicos existentes, não específicos, podem evitar e solucionar conflitos que surgem no seio da empresa familiar. Com efeito, o autor os classifica em instrumentos jurídicos de: i) planejamento sucessório; e ii) planejamento societário²⁵.

Em relação ao planejamento sucessório, Carvalhosa propõe como solução a utilização de alguns negócios jurídicos, nomeadamente a doação com reserva de usufruto, testamento, pactos antenupciais, cláusulas de incomunicabilidade e contrato de convivência de união estável. Estes instrumentos podem ser utilizados para evitar as disputas litigiosas após a morte do patriarca/matriarca, vez que, por exemplo, as doações em vida com reserva de usufruto – adiantamento de legítima – definirão quem ficará com as ações ou quotas das sociedades familiares. Da mesma sorte, o testamento também poderá servir para realizar a partilha de forma desigual em relação à parte disponível e, assim, determinar-se quem deterá o maior número de quotas ou ações da sociedade empresária familiar. De outra banda, os pactos antenupciais e os contratos de convivência

²² Cf. DUBOIS, Eduardo M. Favier. La redacción de las cláusulas del estatuto societario de la Empresa Familiar. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, a. 115, n. 907, p. 40, enero/marzo 2012.

²³ *Idem*, p. 41.

²⁴ *Idem*, p. 41.

²⁵ CARVALHOSA, Modesto. Aspectos societários relevantes nas empresas familiares. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (Org.). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva/Virgília, 2008. p. 312.

podem afastar a comunicação das quotas ou da sucessão da propriedade das ações em relação ao consorte ou companheiro²⁶.

No que tange ao planejamento societário, disciplina-se que os acordos de acionistas são instrumentos que poderão mitigar os conflitos nas empresas familiares quando versarem, especialmente, sobre:

[...] o exercício do poder de controle indireto da companhia (ou seja, o exercício do direito de voto); as questões patrimoniais relacionadas com a alienação de ações; a política de dividendo das empresas operacionais; a transparência das informações relevantes; e as alternativas de liquidez.²⁷

Por outro lado, os acordos de acionistas também poderão versar sobre a compra e venda das ações e o direito de preferência para aquisição entre os membros da família em questão. E por este motivo os *put in call*, *tag along* e *drag along* poderão ser utilizados para evitar que negociações desta natureza possam enfraquecer algum membro da família em relação a sua posição acionária ou mesmo bloquear a participação societária de pessoas estranhas à família.

De todo o modo, independente do tipo de acordo de bloqueio, Menezes acertadamente salienta que, para a produção de efeitos em relação à sociedade, os acordos de acionista devem fazer esta ressalva e o seu arquivamento deverá ser realizado na sede da companhia²⁸.

Em relação à oponibilidade destes acordos em relação a terceiros, Menezes assevera que “[...] as obrigações e ônus decorrentes do acordo também são oponíveis a terceiros (art. 118, § 1º) depois de averbados nos livros de registro e nos certificados das ações (se existirem) ou, em se tratando de ações escriturais, nos livros da instituição financeira responsável”²⁹.

Frisa-se que, na Itália, na Espanha e na França, vem se admitindo a utilização de pactos de família, no qual o sócio/acionista transfere a um ou mais

²⁶ Idem, p. 312-316.

²⁷ Idem, p. 318.

²⁸ MENEZES, Paulo Lucena de. Acordo de acionista. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (Org.). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva/Virgínia, 2008. p. 334.

²⁹ Idem, p. 337.

descendentes, com consentimento do cônjuge e demais herdeiros, parte das suas quotas ou ações para um ou mais herdeiros³⁰.

Outra solução que se destaca e encontra diversos adeptos é a criação de uma *holding* para abrigar o patrimônio familiar, separando-o do patrimônio empresarial, facilitando, assim, eventual discussão patrimonial entre os membros da família sem afetar o andamento da atividade empresária³¹.

Em outro prisma, vem se apontando, como solução interdisciplinar das fragilidades das empresas familiares, a implementação de estratégias e estruturas de governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória³².

No âmbito da governança corporativa, assevera-se que as empresas familiares deverão adotar regras sobre transparência, que estabeleçam equidade, rejam a prestação de contas e que estabeleçam responsabilização corporativa.

Assim, conforme o Código de melhores práticas de governança corporativa do IBGC, para que se alcance boas práticas de governança corporativa é necessário adotar, voluntariamente, além do que as referidas leis societárias dispõem de forma obrigatória, outros instrumentos e estruturas, notadamente quanto aos seguintes tópicos: i) a estrutura da propriedade, ii) o conselho de administração, iii) gestão, iv) a auditoria independente, v) o conselho fiscal e vi) a conduta e o conflito de interesses.³³

Em relação às regras de governança familiar, aponta-se como solução dos problemas e prevenção dos mesmos a utilização de instrumentos extrajurídicos que visem a atender a questões sentimentais, de relacionamento, de sucessão de lideranças e de transição de gerações. Para tanto, admitem-se as seguintes

³⁰ Cf. DUBOIS, Eduardo M. Favier. La redacción de las cláusulas del estatuto societario de la Empresa Familiar. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, a. 115, n. 907, p. 2-3, enero/marzo 2012.

³¹ OCHMAN, Renato. As estruturas societárias no planejamento sucessório. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 81.

³² PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – Governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

³³ *Idem*, p. 32.

estruturas: assembleia familiar ou o conselho de família, *family office*, comitês de família e código de ética, protocolo ou acordo familiar³⁴.

Passamos a descrever, sucintamente, o conceito e a função de cada um desses instrumentos de governança familiar. Assim, assembleia familiar ou conselho familiar são estruturas que podem ser criadas que visam a reunir os membros de uma empresa familiar com fito de debaterem questões pessoais que possam afetar a atividade empresarial – casamentos, divórcios, etc.³⁵.

O *family office* ou “o escritório de família deve ser visto como um centro de decisão familiar, em que se buscam soluções importantes quanto à família e à empresa e se definem os mecanismos de implementação que, de fato, serão executados” (Werner, 2008, p. 266).

Os comitês, em conformidade com Prado, devem ser criados com finalidades específicas e são temporários. Assim, são instrumentos para, exemplificativamente, organizar festas e eventos familiares relacionados à atividade empresária³⁶.

Os códigos de ética, chamados também de protocolo ou acordo familiar “[...] tem por objetivo, fundamentalmente, estabelecer os valores, princípios, costumes, conduta empresarial, da família na empresa e na sociedade”³⁷.

A governança jurídico-sucessória e familiar aponta como soluções os instrumentos jurídicos já mencionados – acordo de quotistas, direito de preferência, pactos antenupciais, acordos de convivência, testamentos, etc.³⁸.

SÍNTESE CONCLUSIVA

As empresas familiares são importantes para o desenvolvimento econômico brasileiro, pois representam grande parcela das empresas que se instalam em nosso mercado. Contudo, apesar de grandes vantagens em vários aspectos, conforme demonstrado, apresentam debilidades e desafios peculiares pelo fato de envolverem relações jurídicas de natureza jurídica diversa – familiar,

³⁴ Idem, p. 39-40.

³⁵ Idem, p. 39-42.

³⁶ Idem, p. 44.

³⁷ Idem, p. 45.

³⁸ Idem, p. 46-47.

sucessória, societária – que se interligam e geram conflitos multidisciplinares de difícil solução.

Em relação ao conceito de família, demonstramos que a doutrina não é uniforme. Contudo, nos inclinamos a compreender o fenômeno das empresas familiares enquanto qualquer atividade econômica organizada que poderá sofrer efeitos por força de questões familiares e sucessórias, vez que estes são os principais problemas das empresas familiares.

Diante deste quadro, apontamos as soluções jurídicas adotadas pela doutrina para os problemas enfrentados pela empresa familiar. Neste diapasão, concluímos que não é necessário criar um tipo específico ou mesmo um estatuto jurídico das empresas familiares, vez que a miríade de empresas familiares e as suas peculiaridades casuísticas não seriam atendidas por completo, ao se tentar conformá-las em um modelo unívoco de soluções jurídicas.

Com efeito, entendemos que a flexibilização de algumas regras, tal como aconteceu na Espanha, poderá trazer resultados positivos tanto para precaver eventuais conflitos como para solucioná-los.

De todo o modo, afigura-se que os instrumentos existentes, mas não específicos, poderão ser utilizados, enquanto não há regras mais flexíveis para esta modalidade de empresa, com vistas a permitir que a empresa familiar continue em nosso mercado e não chegue ao fim de sua atividade por conta de desafetos familiares e, conseqüentemente, esta postura levará o fortalecimento da nossa economia nacional.

Entretanto, reconhecemos que, enquanto não houver uma legislação que determine que, nestes tipos sociais, os sócios realizem, enunciativamente, acordos de acionistas e/ou testamentos com vistas a se estabelecer como será realizada a sucessão da gestão da empresa familiar, não será possível evitar o enfraquecimento da nossa economia por força de questões afetivas.

De todo o modo, não se deve olvidar que os instrumentos e as estruturas de gestão corporativa, especialmente os de cunho extrajurídico, poderão auxiliar mais os familiares do que os instrumentos jurídicos, vez que as questões pessoais entre os membros da família são a causa dos conflitos jurídicos e mesmo solucionando estes, normalmente aqueles não cessarão, senão com ajuda dos instrumentos corporativos familiares – *family office*, assembleia de família, códigos de ética, protocolos ou acordo familiar.

REFERÊNCIAS

CARVALHOSA, Modesto. Aspectos societários relevantes nas empresas familiares. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (Org.). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva/Virgília, 2008.

DONAGGIO, Angela Rita Franco; SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. A importância dos conselhos de administração para as empresas familiares. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

DONNELLEY, Robert G. A empresa familiar. *RAE – Revista de Administração de Empresas*, v. 7, n. 23, p. 161-198, abr./jun. 1967.

DUBOIS, Eduardo M. Favier. La empresa familiar frente al derecho argentino: Hacia su reconocimiento doctrinario y sustentabilidade jurídica, 2010. Disponível em: <http://favierdubois.pagnolo.com/trabajos_doctrina/web6.la_empresa_familiar%20frente.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

_____. La redacción de las cláusulas del estatuto societario de la Empresa Familiar. *Revista del Notariado*, Buenos Aires, a. 115, n. 907, p. 39-55, enero/marzo 2012.

MENEZES, Paulo Lucena de. Acordo de acionista. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (Org.). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva/Virgília, 2008.

OCHMAN, Renato. As estruturas societárias no planejamento sucessório. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

PRADO, Roberta Nioac. Empresas familiares – Governança corporativa, familiar e jurídico-sucessória. In: PRADO, Roberta Nioac (Coord.). *Direito, gestão e prática: empresas familiares: governança corporativa, governança familiar e governança jurídica*. Série GVlaw. São Paulo: Saraiva, 2011.

WERNER, René. O escritório de família: um processo moderno de governança familiar. In: MELO, Marcelo; MENEZES, Paulo Lucena de (Org.). *Acontece nas melhores famílias: repensando a empresa familiar*. São Paulo: Saraiva/Virgília, 2008.

OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO

THE TRANSACTIONS COSTS IN INTEGRATION CONTRACT

Guilherme Helfenberger Galino Cassi¹

Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental na Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Oksandro O. Gonçalves²

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Paraná

RESUMO: O trabalho tem por escopo analisar o contrato de integração sob a ótica da teoria dos custos de transação e justificar a sua importância para o desenvolvimento da indústria avícola brasileira. A pesquisa é iniciada com a apresentação doutrinária sobre a teoria dos custos de transação e sua aplicação aos contratos, dando-se ênfase às estruturas de governança e aos custos nas diversas etapas contratuais. Em seguida passa-se a analisar o contrato de integração, cujo modelo contratual

é amplamente utilizado pela indústria avícola na realização de sua atividade. Finalmente, com a conjugação das premissas lançadas, apresenta-se objeto estudado como elemento de uma rede contratual e como alternativa híbrida às estruturas de governança mais comuns, mostrando-se principalmente como um contrato de baixos custos de transação.

PALAVRAS-CHAVE: Custos de transação; desenvolvimento; contrato de integração; estrutura de governança; rede contratual.

¹ Especialista em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Advogado.

² Professor de Direito Empresarial do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Professor de Direito Empresarial do Curso de Especialização em Direito Civil e Empresarial da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Coordenador da Revista de Direito Empresarial, Doutor em Direito Comercial - Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Advogado. Endereço para publicação e envio de correspondência: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Centro de Ciências Jurídicas e Sociais.

ABSTRACT: *This work has the purpose to analyze the integration contract from the perspective of the theory of transaction costs and justify his worth to the development of brazilian poultry industry. This research is initiated with the doctrinal presentation about the theory of transaction costs and his applications on contracts, giving emphasis to governance structures and contractual costs in the different stages. Then begins the analysis of the integration contract, whose contractual model is broadly used by the poultry industry in realizing its activity. Finally, with the combination of assumptions launched, presents the object of study as the element of a network contractual and as hybrid alternative to the most common governance structures, showing up mainly like one low transaction cost contract.*

KEYWORDS: *Transaction costs; development; integration contract; governance structure; network of contracts.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O contrato e os custos de transação; 2 O contrato de integração avícola; 3 Custos e Riscos da Produção Avícola; 4 Custos de transação no contrato de integração avícola: Redes contratuais e governança; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The contract and the transaction costs; 2 The poultry integration contract; 3 Costs and risks of poultry production; 4 Transaction costs in the poultry integration contract: contractual network and governance; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Os dados indicativos da atividade avícola no Brasil demonstram a consolidação do país como um dos maiores expoentes da produção e venda de aves no mercado mundial. Relatório produzido pela União Brasileira de Avicultura – Ubabef – constata que, do volume total de frangos produzido no Brasil no ano de 2011, 69,8% foi destinado ao consumo interno e 30,2% para exportações, principalmente ao Oriente Médio. Em relação ao envio do produto ao mercado externo, traz o relatório que houve o embarque de 3,942 milhões de toneladas de carne de frango naquele ano, gerando uma receita cambial de US\$ 8,2 bilhões, um incremento de 21,2% em relação ao ano anterior.

No ano seguinte, os resultados ficaram abaixo daquele recorde, contudo ainda se mantiveram em patamar expressivo. Conforme a mesma entidade, a produção no ano de 2012 chegou a 12.645 milhões de toneladas, o que representou uma queda de 3,17% em relação ao ano anterior. Do total da produção, 31% destinaram-se ao mercado externo e 69% para o mercado interno. Em 2012

também houve uma diminuição de 6,7% nas exportações de carne de frango, gerando uma receita cambial de US\$ 7.703 bilhões.

Embora tenha havido alguma retração, os dados demonstram a importância do setor avícola na economia brasileira e a sua expansão nos últimos anos.

O que fica à margem destas informações é que tamanho crescimento se sustenta em parte sobre uma espécie contratual que é pouco explorada pelo estudo jurídico: o contrato de integração.

Como a produção de frangos precisa ser extensiva, com a criação e abate de milhares de aves diariamente, ela está sustentada na cooperação entre a indústria (integrador), responsável pelo corte e comercialização dos frangos, e o produtor rural (integrado), ao qual cabe a criação dos animais para posterior remessa ao primeiro. Tal modelo contratual tem aumentado sistematicamente a quantidade e qualidade da matéria-prima (aves) que é utilizada pelas empresas do setor, possuindo relação direta com a expressiva expansão verificada nos últimos anos.

Diante de tal verificação, o presente trabalho tem por escopo utilizar da teoria dos custos de transação para demonstrar como e por que a utilização do contrato de integração é mais eficiente para a indústria do que outras espécies contratuais, colaborando para a competitividade brasileira no mercado internacional.

Para responder ao objeto proposto, a pesquisa parte de uma exposição sobre o direito contratual e avança sobre os custos de transação estudados pela Análise Econômica do Direito (AED).

O segundo capítulo é destinado a apresentar o contrato de integração, suas principais características e originalidade.

Finalmente, por meio da conjugação do instrumental mencionado, busca-se identificar quais são os custos de transação no modelo proposto, posicionar o contrato de integração na doutrina contratual e justificar o por quê do sucesso dessa modalidade na indústria avícola.

1 O CONTRATO E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Na teoria clássica, o contrato é um negócio jurídico bilateral firmado por pessoas capazes e que envolve direitos disponíveis. Exige o consentimento

mútuo, um objeto lícito e a conformidade com forma prescrita ou não defesa em lei³.

O contrato é, assim, um instituto extremamente eficiente para que haja a transformação do mundo real conforme o interesse dos seus contratantes, pois cria deveres e limita as possibilidades de ação dos sujeitos. Além disso, mais do que uma restrição ao comportamento, um contrato sugere comportamentos desejáveis (Stajn; Zylberstajn, 2005, p. 115).

Contudo, em todos os passos de uma relação contratual, desde o seu início até o seu término, há invariavelmente uma série de percalços que dificultam a formação e consecução do contrato. No rol de obstáculos encontram-se a dificuldade em se achar um contratante que compartilhe dos mesmos objetivos pretendidos pelo outro, as várias lacunas que devem ser supridas na redação de um instrumento contratual e as incertezas quanto ao fiel cumprimento dos termos entabulados.

Em todo o processo contratual, portanto, a correspondência à expectativa dos contratantes não se dá de forma gratuita, mas mediante o pagamento de vários custos que visam garantir a existência, formalização e cumprimento das obrigações assumidas. São os chamados custos de transação.

Para Coase (1960), precursor do tema, todas as operações voltadas à realização de um contrato são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.

Portanto, desta teoria conclui-se que as escolhas nos contratos serão tomadas quando o aumento no valor da produção por elas gerado for maior do que os custos incorridos para implementá-las, ao levar-se em conta que os custos das transações realizadas no mercado são elevados.

1.1 TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: MERCADOS E EMPRESAS

Ronald Coase (1937), ao lançar as bases sobre a natureza das empresas, afirmou que nem sempre o mercado e o seu sistema de preços será o menos custoso para a atividade do agente econômico. Subentende-se que as imperfeições

³ Na linha da doutrina clássica podemos citar: PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 7. DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2005. p. 24.

de mercado consistem na existência de custos relacionados à utilização de contratos de execução instantânea, em razão dos quais surgem incentivos para os agentes econômicos estabelecerem novas formas de organização da atividade econômica – que não o mercado – capazes de evitar estes custos (Cavalli, 2012, p. 164).

Neste sentido a teoria dos custos de transação propõe que esses custos oriundos do mercado podem ser evitados por meio da internalização⁴, isto é, por meio da própria organização de uma empresa. A partir da obra de Coase passou-se a perceber que a coordenação de uma produção pode se dar no âmbito da própria firma, ou seja, internamente o próprio agente econômico realiza contratos e toma decisões que, se levadas ao âmbito do mercado e do seu sistema de preços, seriam mais custosas.

Segundo Cavalli (2012, p. 167), mercados e empresas são mecanismos alternativos de organização da atividade econômica, sendo que, enquanto o sistema de preços é conduzido pela mão invisível do mercado, a empresa é conduzida pela mão visível do empresário.

Williamson (2005) afirma que a escolha de um agente econômico por uma das estruturas de governança depende dos custos de transação envolvidos em cada uma delas, ao ponto que, apenas mediante a comparação destes custos no caso concreto é que se poderá verificar qual a melhor alternativa (Cavalli, 2012, p. 170).

1.2 TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO: CUSTOS DAS ETAPAS CONTRATUAIS

A escolha entre o mecanismo de mercado ou o sistema internalizado depende da compreensão de que as transações são realizadas por meio de contratos (Williamson, 2012, p. 17), bem como que custos deste serão parte dos custos da estrutura de governança.

Portanto, pode-se afirmar que os custos de transação estão associados a todas as fases do contrato, assim, podem ser verificados *in concreto*.

Existem custos relativos ao desenho dos instrumentos contratuais, custos de monitorar o seu cumprimento e aqueles necessários para resolver os

⁴ A terminologia comumente utilizada para este fenômeno é *integração vertical*. Contudo, com o intuito de evitar confusões entre a integração vertical e o contrato de integração propriamente dito, preferimos usar do termo *internalização*.

problemas que emergem a partir do seu descumprimento (Stajin; Zylberstajin, 2005, p. 105).

Nesta linha, Cooter e Ulen (2010, p. 105) associam os custos de transação em um contrato a três momentos específicos:

Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica em achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, a uma negociação tem que ser fechada entre parceiros comerciais. Uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida.

Assim seria possível nominar os custos em três passos de uma transação comercial: (1) custos de busca e realização de um negócio, (2) custos de negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado (Ribeiro; Galeski, 2009).

Para Castelar e Saddi (2005, p. 62), os custos são devidos em cinco atividades que tendem a ser necessárias para viabilizar a concretização de uma transação. Embora mais sofisticada, essa posição repete em parte os três passos mencionados no parágrafo anterior: haveria (1) os custos pela busca da informação, (2) custos da atividade de negociação, (3) custos da realização e formalização dos contratos, (4) custos de monitoramento para cumprimento do contratado e, finalmente, (5) custos para a correta aplicação do contrato.

De forma complementar, Williamson (1985, p. 20-21) afirma a existência de duas grandes categorias de custos de transação: custos *ex ante* e *ex post*. Os primeiros seriam aqueles para negociar e fixar as contrapartidas e salvaguardas do contrato; exigem o estudo do mercado, da legislação e da jurisprudência para a adequação do negócio jurídico às expectativas dos contratantes. Já os custos *ex post* se materializam após a formalização do contrato, podendo existir com a ocorrência de eventos não previstos originalmente ou com os custos de se gerenciar eventuais disputas no decorrer das transações.

Exemplo de custos *ex ante* é a busca por um parceiro para negociar. Nesta fase da negociação temos os gastos em publicidade, insumos, mercadorias e tantos outros, o que, em outras palavras, representa o preço da oferta. Por mais que estes objetos sejam anteriores ao contrato em si, eles representam custos da transação que virá a ser concretizada, pois, sem eles, o contrato nunca existiria.

Quando o interessado consegue reduzir os investimentos em publicidade, ou produzir mercadorias com um preço menor, o próprio custo de se negociar também reduz. Outro exemplo é a opção por contratos de adesão ao invés de negociar cada um deles individualmente. Nesta hipótese, a confecção e utilização de contratos padrões diminuem os custos de se redigir novas cláusulas e condições, de modo que há apenas a adesão de uma parte a termos preestabelecidos por outra.

Por óbvio que a utilização de instrumentos idênticos e em larga escala pode redundar em outra problemática, que é justamente a inadequação das cláusulas contratuais às peculiaridades dos contratantes e objetos contratados e, com isso, gerar custos *ex post*. Contudo, apesar das possíveis externalidades negativas, a utilização de um único contrato em operações em massa dilui o custo de se redigir um bom instrumento contratual individualmente para cada transação.

2 O CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA

O contrato de integração é o instrumento jurídico pelo qual um dos contratantes (chamado de integrador), atuante em determinada área produtiva, estabelece uma relação de cooperação com outra pessoa (chamado de integrado) para que esta, mediante o fornecimento de matéria-prima e sob sua coordenação técnica, exerça uma etapa preliminar do processo de produção, com a garantia de compra de ao menos uma parcela do resultado dessa atividade.

Também chamada de integração contratual, tem a característica de conservar a independência jurídica das partes, ao contrário do que acontece com integração total em que existe a perda da independência econômica e jurídica do integrado (Paiva, 2009, p. 184).

Do conceito podem ser extraídos os principais elementos que, quando presentes, caracterizam a relação de integração: a) a bilateralidade; b) a atuação do integrador e o próprio contrato devem ter por objeto uma atividade de produção de bens; c) é um contrato eminentemente de cooperação, em que o aumento dos benefícios obtidos pelos contratantes é proporcional ao esforço mútuo; d) o produto resultante do trabalho do integrado é utilizado pelo integrador como insumo para sua atividade; e) existe a coordenação técnica do integrador frente ao integrado, de modo que o primeiro impõe os métodos a serem observados na produção; f) o integrador fornece ao menos parte da matéria-prima a ser

utilizada pelo integrado na produção; g) o produto do trabalho do integrado tem a garantia de compra pelo integrador.

A existência de tantos componentes faz com que a integração seja resultado de um contrato complexo, pois composto de diversos elementos que, somados, perfazem o contrato de integração. Acaso a relação contratual mantida entre as partes seja carente de qualquer das características anteriores, estar-se-á diante de outra figura contratual que não a integração, seja uma simples prestação de serviços, gestão empresarial, compra e venda ou qualquer outro contrato nominado ou inominado.

A relação de integração pode ser utilizada em diversas atividades econômicas em que haja um processo de produção, porém, tem-se mostrado bastante comum no ramo agropecuário, ocorrendo entre grandes indústrias (integradores) e pequenos produtores rurais (integrados), especialmente nos setores de aves e suínos.

No caso do setor avícola, a empresa que detém os mecanismos de corte (integrador) contrata diversos produtores rurais (integrados) para que promovam a criação de aves até estarem prontas para o abate, com a garantia de compra da produção para utilização na indústria. Por força dessa relação contratual, o integrador cede pintainhos de um dia ao integrado, fornecendo-lhe a ração e medicamentos que serão utilizados na criação dos animais. Além disso, é indicado ao produtor rural o procedimento a ser adotado na atividade, especialmente técnicas para aumentar a produtividade e padrões sanitários. Ao integrado cumpre disponibilizar a infraestrutura necessária para o aviário, bem como subsidiar outros insumos, como água e energia elétrica para o funcionamento de equipamentos (Franco, 2011). Após as aves terem crescido e estarem aptas ao corte, o integrador as recolhe e paga o integrado conforme o preço ajustado.

A respeito das vantagens da integração, afirma Teixeira (2012, p. 22):

Esta estratégia de integração se traduz em vantagens para as empresas, tais como produção em escala, qualidade e padronização da matéria prima, constância no abastecimento, redução dos custos nas operações de abate e divisão de riscos por se tratar de investimentos altos em instalações para criação de frangos. Por outro lado o produtor tem a garantia da comercialização da

sua produção com conseqüente diminuição do risco do negócio.

Muitas dessas indústrias (integradores) necessitam diariamente de centenas de milhares de aves em condições de abate, e repassar essa atividade a terceiros de forma pulverizada é uma garantia de existência contínua da matéria-prima. O produtor rural (integrado), por sua vez, terá a garantia de venda dos produtos resultantes de sua atividade e ainda contará com a *expertise* da técnica industrial para aumentar a sua produtividade.

Neste sistema, o produtor rural é literalmente “integrado” ao processo de produção da indústria, pois é ele que exerce a atividade preliminar até o corte de aves e garante a existência da matéria-prima.

Assim, o contrato de integração mostra-se essencialmente bilateral, ou comutativo, porque o seu próprio núcleo estabelece contraprestações equivalentes a ambos os contratantes. Enquanto o integrador deve fornecer matéria-prima, estabelecer métodos de produção e, ao final, comprar o produto resultante do trabalho do integrado, cabe a este último seguir as instruções técnicas da atividade produtiva e entregar o produto contratado no termo e condições previamente estabelecidos.

Ainda, a atividade do integrador e o objeto do contrato de integração devem ser a criação e/ou transformação de determinados bens, nunca uma prestação de serviço, pois, caso contrário, estaríamos diante de outra figura contratual que não o objeto desse estudo.

Outro elemento característico desse tipo de contrato é a cooperação que deve existir entre o integrador e o integrado em prol de uma maximização dos resultados esperados. Os benefícios advindos da integração são diretamente relacionados à eficiência da produção, pois quanto mais eficiente for a atividade do integrado, maior será o lucro por ele obtido e maior será a quantidade de insumos que o integrador terá acesso. Essa eficiência na produção não é resultado apenas da atuação do integrado, mas também do integrador. Isto porque, enquanto o integrado deve cumprir com as diretrizes técnicas estabelecidas e empenhar o máximo de sua diligência na atividade, o integrador é responsável por fornecer matéria-prima e *know how* para a produção. Deste modo, o integrador também atua diretamente em prol de um resultado produtivo. Quando ele fornece melhores condições de trabalho para o integrado, com bons materiais e uma boa assistência técnica, a tendência é que o produto oriundo da relação de integração tenha maior qualidade, beneficiando ambos. A cooperação é, portanto, um

elemento contundente dessa espécie contratual porque, ao mesmo tempo em que aumenta os lucros dos participantes, desestimula o mau cumprimento do contrato ou mesmo o inadimplemento por qualquer dos contratantes.

O quarto ponto essencial à relação de integração é a produção pelo integrado de bens que serão insumos para uma atividade do integrador, justamente porque qualquer lógica inversa desvirtuaria a integração vertical. Deve-se imaginar uma cadeia de produção, em que na primeira ponta está o extrator da matéria-prima e na outra o consumidor final. No meio do caminho encontram-se ambos os personagens da relação de integração, porém é o integrador que necessita dos insumos entregues pelo integrado para produzir algo que será colocado à disposição do consumidor final. Se assim não fosse, seria injustificada a coordenação técnica e o fornecimento de matérias-primas do integrador ao integrado.

O quinto elemento que caracteriza a integração é a coordenação técnica do integrador frente à atividade do integrado. É verdade que uma característica do contrato de integração é o destaque de uma etapa da cadeia produtiva e sua entrega ao integrado, porém, para que não se configure uma mera compra e venda de bens, o integrador mantém uma coordenação sobre a forma com que esses bens devem ser produzidos. Essa preocupação se justifica para promover a manutenção de um padrão de qualidade no insumo que será utilizado. Por este motivo é estabelecida em contrato a adoção de padrões técnicos uniformes que deverão ser seguidos pelo integrado, justamente para garantir que a produção se dê em qualidade e quantidade suficientes segundo as necessidades do integrador.

O sexto elemento que delinea o modelo contratual é a exigência de que o integrador forneça ao integrado ao menos parte dos insumos utilizados em sua atividade. Essa exigência se justifica por dois argumentos: primeiro, porque a prática do contrato de integração pressupõe que há o compartilhamento dos custos de produção entre integrado e integrador, essencialmente, no caso deste último, por meio do fornecimento de insumos à atividade realizada pelo integrado; e, segundo, acaso não haja o fornecimento de matéria-prima, mas tão somente a coordenação técnica do integrador quanto ao modelo de produção, estaremos diante de um contrato de gestão, e não de integração.

Por último, é essencial ao contrato de integração a previsão de que o produto do trabalho do integrado será adquirido pelo integrador. A existência da relação de integração já pressupõe que o objeto de contrato é necessário para

o integrador, o que lhe faz garantir a qualidade na produção e compartilhar os custos com o fornecimento de insumos. Basta um simples raciocínio para concluir que, se não houvesse a garantia de compra pelo integrador, não teria por que o integrado submeter-se à coordenação daquele, pois o contrato ficaria reduzido a uma parceria.

Apesar de pouco usual, a cláusula que garante a compra do produto pelo integrador pode ser mitigada com a ausência de exclusividade no contrato, de modo que parcela dos bens produzidos (à exemplo de um excedente) poderá ser comercializada com outros que não o integrador. A não exclusividade diminui a dependência do integrado frente ao integrador, porém não afasta a necessidade de que pelo menos uma parcela da produção seja comercializada entre eles e também a cooperação técnica necessária para chegar ao resultado final pretendido.

A vinculação da venda do produto ao integrador leva a outra importante discussão no que diz respeito ao contrato de integração: o preço a ser pago no negócio. Bastante comum nestes contratos é a prévia estipulação do preço que será pago ao integrado pelos bens produzidos, ou seja, quando da formalização do negócio jurídico, o integrado já sabe quanto vai receber pelos bens e o integrador quanto vai pagar pelo que comprar. Pode ocorrer também de existir um contrato a preço futuro, no qual o valor da negociação ficará atrelado ao momento da entrega do objeto do contrato e vinculado a determinado indexador.

Dessa forma, as partes estabelecem *ex ante* os custos e vantagens associados ao sistema integrado, permitindo uma previsibilidade que não seria possível no regime de contratos *spot*.

2.1 O CONTRATO DE PARCERIA AGROPECUÁRIA E O CONTRATO DE INTEGRAÇÃO: UMA DIFERENCIAÇÃO NECESSÁRIA

É comum o Poder Judiciário, ao apreciar questões envolvendo contrato de integração, buscar reduzi-lo à condição de um contrato de parceria⁵. É recorrente a confusão entre as duas modalidades contratuais, principalmente por meio da substituição da denominação contratual de um ou de outro com a aplicação das regras dos contratos de parceria a um contrato de integração. Ao agir desta

⁵ Como exemplo dessa confusão, citamos o julgamento da Apelação Cível nº 7004892 5267, em que fica clara a confusão entre parceria e contrato de integração: “Celebrou com a ré contrato de parceria para produção de aves 05.08.2008, obrigando-se a oferecer instalação e equipamentos necessários para a criação das aves; a ré obrigou-se a entregar as aves, ração, vacinas, medicamentos e transporte, bem como a assistência técnica necessária”.

forma, é como se o Judiciário cortasse a tela para se adaptar à moldura, ao invés de ampliar a moldura para adaptar-se à tela.

O contrato de parceria está previsto na Lei nº 4.504/1964 (Estatuto da Terra) e possui regulamentação pelo Decreto-Lei nº 59.566. Trata-se de uma modalidade contratual típica que se constrói sob duas formas distintas: na primeira, conhecida como parceria rural, uma pessoa se obriga a ceder a outra o uso de imóvel para o exercício de atividade de exploração do ramo agrícola, pecuário, agroindustrial ou extrativo; com a segunda possibilidade, denominada parceria pecuária, há apenas a cessão de animais para cria, recria, invernagem ou engorda. Quando há mescla das duas modalidades, diz-se que há parceria mista.

Os contratos de parceria distinguem-se do contrato de integração porque nestes, além da cooperação entre as partes para o fornecimento de matéria-prima (animais), há a transferência de *know how* que visa justamente garantir a adequação da produção daquele insumo às especificidades esperadas pelo integrador, o que não ocorre no primeiro caso. Desta forma é possível afirmar que toda integração tem em sua essência uma parceria entre integrado e integrador, porém nem toda parceria será uma integração.

Ademais, todo o regramento legal tipificado no Estatuto da Terra sobre a parceria não se aplica aos contratos agroindustriais de aves e suínos, pois o art. 96, § 5º, trata de excepcioná-los expressamente. Isso não impede que os julgados façam referência ou apliquem as suas regras a contratos de integração⁶.

Em parte, esse problema decorre da ausência de lei específica⁷, pois é da tradição jurídica brasileira valer-se de figuras contratuais típicas, refutando a um

⁶ Como exemplo citamos o julgamento da Apelação Cível nº 0220849-25.2008.8.26.0100, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De imediato, a confusão aparece no relatório do acórdão quando afirma: “Ajuizada ação em 05.03.2008, pretende o autor receber pagamento por entrega de produto à ré, em termos de contrato de parceria avícola (integração de frangos), bem como multa prevista por rescisão imotivada”.

⁷ Como exemplo citamos o julgamento da Apelação Cível nº 70044004315, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “... O contrato firmado entre a empresa e os produtores rurais ainda que intitulado de ‘contrato de parceria’ ou de ‘integração agrícola’, não encontra substrato na Lei nº 4.504/1964 e no Decreto nº 59.566/1966, regendo-se pelas regras comuns do direito civil. Tratando-se de contrato atípico, e entabulado por prazo indeterminado, estando prevista a rescisão unilateral, desde que notificada previamente a outra parte contratante com a antecedência mínima de quinze dias, em princípio regular a extinção, se cumprido o avençado, o que deve ser aferido na situação em concreto, tendo em conta os antecedentes do pacto, investimentos, expectativas e prejuízos que possam advir de suposta exiguidade de prazo [...]”.

segundo plano as formas contratuais atípicas criadas em razão da necessidade e da inventividade dos empresários.

A fim de suprir essa lacuna normativa e conferir maior segurança jurídica, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 330/2011, o qual dispõe sobre a parceria de produção integrada agropecuária, estabelece condições, obrigações e responsabilidades nas relações contratuais entre produtores integrados e agroindústrias integradoras.

A justificativa do projeto ressalta a peculiaridade desse tipo contratual, ao afirmar que ele é bem mais complexo que os contratos simples de comercialização encontrados no Código Civil ou que os contratos de parceria agrícola previstos no Estatuto da Terra.

Igualmente, aproveitando-se da tramitação acelerada do Projeto do Novo Código Comercial (Projeto de Lei nº 1.572/2011), foi apresentada emenda para regular o agronegócio, que representa uma importante fatia da atividade empresarial na atualidade, e nesse contexto foram incluídas disposições para tratar do contrato de integração. O texto propõe a criação de um Livro especialmente destinado ao agronegócio, o qual, além de dispor dos princípios e das pessoas envolvidas no setor, possui uma seção exclusiva destinada ao contrato de integração que regula desde as obrigações mínimas de cada contratante até a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente.

3 CUSTOS E RISCOS DA PRODUÇÃO AVÍCOLA

A indústria avícola, responsável pelo abate e corte das aves, precisa imprimir um alto ritmo de produção para ser capaz de atender a crescente demanda pelo consumo e exportação da carne. Para tanto, existem no país grandes empresas e cooperativas que chegam a abater milhões de aves em um único dia, o que somente é possível acaso tenham acesso diuturno e ininterrupto à matéria-prima capaz de subsidiar a produção esperada.

Diante deste panorama, para ter à disposição aves em número suficiente para produção, a indústria poderia utilizar *a priori* duas alternativas: a) valer-se de contratos de compra e venda para adquirir as aves vivas de produtores autônomos (sistema de mercado); b) possuir toda a cadeia de produção, desde as aves matrizes que geram os ovos, passando pela criação dos animais e sua maturação até estarem aptas ao abate na indústria de corte (sistema de internalização).

É preciso dizer que ambas as hipóteses são plenamente factíveis, porém trazem consigo custos e riscos relevantes.

No caso da compra e venda, terá a empresa avícola que se lançar ao mercado em busca de produtores rurais que possam fornecer matéria-prima em quantidade e qualidade necessárias para atender as exigências da produção. Haverá os custos de busca por parceiros contratuais, negociação de valores (que poderão variar conforme o produtor contratado) e de redação de instrumentos contratuais. Além disso, a indústria terá que suportar o risco de não encontrar matéria-prima em quantidade suficiente para garantir a plena utilização dos bens de produção disponíveis, bem como não ter certeza quanto ao fornecimento de aves em padrões de qualidade exigidos pelos órgãos públicos fiscalizadores e pelos consumidores.

Já a segunda alternativa, de controle de toda a cadeia produtiva, pode diminuir os custos de transação inerentes à compra de aves de produtores autônomos, porém, por outro lado, também traz consigo um aumento do custo de produção que pode inviabilizar a eficiência produtiva e a competitividade de preços no mercado de consumo. Cumpre lembrar que o integrador tem como principal negócio o abate e comércio de aves, e não sua criação, o que também contribui para desestimular a manutenção desse tipo de produção.

Uma indústria que se preste a produzir ovos e criar os pintainhos até o abate estará internalizando os custos de produção da matéria-prima, tanto no que diz respeito aos insumos necessários para a atividade quanto à mão de obra para criar os animais. Tais custos serão incorporados ao valor final da ave industrializada, podendo, a depender do investimento realizado nessa produção de matéria-prima, inviabilizar a competitividade da indústria.

Considerando que a carne avícola é uma *commodity*, sujeita, portanto, à variação de preço natural do mercado, com a internalização da criação dos animais pode ocorrer que a soma dos custos de produção seja superior ao valor de comercialização da ave industrializada, trazendo à indústria um déficit que poderá pôr em risco a manutenção do negócio.

Acrescenta-se que a criação de aves por um único produtor (no caso, a própria indústria), aumenta o risco de não se atingir a quantidade de matéria-prima necessária para o abate, visto que os animais são muito suscetíveis à variação do clima, zoonoses e efeitos externos, sendo comum a perda de lotes inteiros de pintainhos. Portanto, a concentração da produção em um único ou poucos lugares, com grandes quantidades de animais expostos às mesmas

condições, pode eventualmente acarretar um grande prejuízo à indústria pela ausência de aves disponíveis para corte.

Daí porque dizer que o contrato de integração é uma alternativa contratual que diminui os custos de transação na aquisição de matéria-prima para a industrialização das aves.

Tal como será tratado no próximo capítulo, com a utilização da integração, a relação entre os contratantes se perfaz em uma rede contratual, diminuindo os riscos e custos da atividade produtiva. Igualmente, a relação de integração se perfaz em uma simulação do próprio mercado de aquisição da matéria-prima, o que, de acordo com a teoria dos custos de transação, possibilita à indústria um tamanho aumento da coordenação que resulta na diminuição dos custos de transação.

4 CUSTOS DE TRANSAÇÃO NO CONTRATO DE INTEGRAÇÃO AVÍCOLA: REDES CONTRATUAIS E GOVERNANÇA

A aquisição de matéria-prima para subsidiar a atividade da indústria avícola pode ser extremamente custosa acaso opte-se pela utilização de contratos de compra e venda (mercado) ou pela internalização da criação das aves pela própria indústria (sistema de internalização ou integração vertical).

Sabendo disto, a alternativa utilizada pelas indústrias para otimizar a produção em relação aos custos de transação é valer-se do contrato de integração, o qual, consideradas as estruturas possíveis, mostra-se como uma alternativa híbrida entre as governanças de mercado e de internalização. Assim, na hierarquia trazida por Williamson, o contrato de integração seria uma transação de *quase mercado* (Williamson, 1973, p. 316) e *não específica* (Williamson, 1979, p. 234).

Ao se consubstanciar em um sistema no qual existe a pulverização de produtores (integrados) fornecedores de matéria-prima para uma única indústria (integrador), o contrato de integração se constrói sobre uma forma de governança e coordenação obtida mediante um conjunto de contratos não relacionados diretamente entre si, formando uma rede contratual.

As redes contratuais decorrem da interligação sistemática, funcional e econômica entre contratos estruturalmente diferenciados, e tem por objetivo potencializar benefícios e diminuir riscos em um dado mercado cuja característica é a especialidade dos seus integrantes (Leonardo, 2003).

A relação coordenada e sistêmica do contrato de integração permite, por exemplo, que a falta de frangos em razão do rompimento do vínculo contratual entre o integrador e um dos integrados seja compensada pela prestação da obrigação pelos outros integrados, garantindo a não repercussão deste fato isolado sobre os demais elos da cadeia produtiva.

O contrato de integração, portanto, tem por objetivo melhorar a coordenação e a governança de uma relação contratual que pertence a uma rede contratual muito mais ampla, visando, com isso, promover a redução dos custos de transação que serão muito menores se comparados com a contratação individualizada para o mesmo fim.

Uma segunda característica é a simulação de mercado que resulta da governança híbrida peculiar ao contrato de integração. Ao invés de se lançar ao mercado em busca de fornecedores, a indústria mantém uma rede contratual com vários produtores rurais de forma permanente, possuindo igualmente a coordenação técnica sobre a cadeia produtiva.

Há, portanto, a decisão de utilizar internamente transações que, de outra forma, seriam usadas via mercado – com a importante diferenciação de que assim quem dá as cartas é a própria indústria. Esse modo de agir mostra-se como uma nova forma de organização da atividade econômica capaz de diminuir os custos de transação.

Tanto a indústria quanto o produtor podem, por meio da relação de integração, elaborar um planejamento para não gerar excedente de produtos quando o mercado de venda de aves está saturado, produzindo e comercializando somente o necessário.

Quando o mercado, devido a alguma imperfeição, estiver em desequilíbrio com relação aos preços estabelecidos, a integração pode ser utilizada como forma de corrigir eventuais falhas. Portanto, as variáveis que induzem a integração são analisadas dentro de um conceito minimizado de custo, ambas de produção e de transação.

Na mesma linha, se adotarmos entre a doutrina apresentada o recorte proposto por Cooter e Ulen (2010, p. 105), concluir-se-á que os custos de busca e realização do negócio são mais reduzidos no sistema em que se utiliza um contrato de integração àquele que utiliza um contrato de compra e venda de aves para abate (sistema de mercado).

Diferente de um simples negócio de compra e venda, a indústria não precisará sair ao mercado cada vez que precisar do fornecimento de matéria-prima, pois coordena toda a atividade produtiva por meio da cooperação com vários produtores. Assim há a manutenção das partes contratantes por um período muito maior do que a simples tradição das aves entre o produtor e a indústria, podendo este último realizar um planejamento a longo prazo e garantir o ininterrupto fornecimento de aves com padrões de qualidade uniformizados.

Acrescente-se que na integração há um único modelo contratual ao qual aderem os integrados. Tal fato tem por intuito garantir a isonomia de tratamento e remuneração dos integrados de um lado, porém, de outro, também diminui os custos em se redigir vários instrumentos contratuais para a indústria. Quanto mais contratos idênticos são realizados, mais diluídos são os seus custos entre as operações realizadas.

No momento da negociação, novamente o contrato de integração leva vantagem frente aos demais modelos contratuais, pois, visto que há o acompanhamento de toda a etapa de produção pelo integrador, são eliminados os potenciais atravessadores na tradição dos frangos dos produtores à indústria, reduzindo-se o custo de transação associado.

Ainda no campo dos custos de negociação, com o contrato de integração, a indústria é desobrigada de criar infraestrutura para produção da matéria-prima que é utilizada em sua atividade. Não existe o dispêndio de montar centenas de aviários para a criação dos animais que são abatidos todos os dias, custo que seria incorporado ao valor agregado do produto final, o que por consequência diminuiria a competitividade no mercado.

Na mesma toada, os custos do cumprimento do que foi negociado também são reduzidos porque a coordenação técnica exercida pelo integrador, que uniformiza os métodos de produção e os insumos, além de inspecionar constantemente os locais de produção, contribui para um padrão de qualidade uniforme a previamente prospectado.

Pode-se dizer que grande parte do sucesso desse modelo contratual está na cooperação entre integrador e integrado, havendo uma tendência à redução do comportamento oportunista de ambos.

Ao utilizar-se do modelo de cooperação proposto por Douglass North (North, 1992), há o estímulo ao comportamento cooperativo entre os contratantes, pois há uma repetição infinita de ciclos contratuais, as informações

sobre o comportamento do parceiro são abundantes e aumentam a cada contrato realizado e, dada a natureza da relação, o número de participantes é quase sempre resumido à figura do integrado e do integrador.

Essas três características do contrato de integração induzem a um processo evolucionário dos contratantes, tal qual proposto por Axelrod (1984, p. 170), sendo que, desta forma, com a prevalência da cooperação, há uma tendência ao aumento da produtividade e à diminuição do inadimplemento para ambas as partes, o que, conseqüentemente, implica a redução da litigiosidade.

CONCLUSÃO

A premissa trazida com o presente trabalho foi a de que o crescimento da produção de carne de frango e o protagonismo do setor avícola brasileiro no mundo se devem em parte à utilização do contrato de integração pelos agentes econômicos que exercem essa atividade. Caberia ao desenvolvimento da pesquisa demonstrar, por meio da teoria dos custos de transação, quais as vantagens e desvantagens do contrato de integração e, como corolário, confirmar ou não aquela assertiva inicial.

A resposta para essa empreitada passa pela constatação de que a utilização do contrato de integração resulta na adoção de uma estrutura de governança híbrida, a qual mantém a característica da pluralidade de agentes própria do mercado sem, contudo, imputar à indústria os custos do sistema de preços, bem como garante a existência de matéria-prima em quantidade e qualidades suficientes para a produção, vantagem que é constatada, sobretudo, na estrutura de internalização.

Com essa marca peculiar, o contrato de integração acarreta a redução dos custos envolvidos em todas as etapas de uma negociação para a aquisição de aves pela indústria avícola. Aqui se pode mencionar que os custos para se achar um produtor rural, negociar preços, redigir instrumentos contratuais e garantir o cumprimento das obrigações assumidas são severamente diminuídos pelo sistema de integração.

Outro elemento peculiar do sistema é a transformação na negociação em uma rede contratual, na qual a eventual falha de um dos contratados é imediatamente suprida pela cobertura de outro, o que permite à indústria realizar um planejamento a longo prazo com a garantia do fornecimento ininterrupto de matéria-prima para sua atividade.

Ainda, o contrato de integração é um dos melhores exemplos das vantagens da cooperação contratual em comparação a uma situação em que os contratantes agem isoladamente. Com a integração, há a característica da repetição das negociações pelos mesmos agentes, acarretando um aumento do conhecimento do comportamento do outro. Desta forma existe o incentivo para que os contratantes ajam probamente no cumprimento das obrigações assumidas, de modo que, sem o comportamento oportunista, há uma tendência à diminuição da litigiosidade em razão do contrato.

Portanto, chegando o tópico da conclusão e considerados os argumentos trazidos sobre o tema, é possível afirmar que o contrato de integração diminui, sim, os custos de transação na aquisição de matéria-prima pela indústria avícola. Ainda, dado o fato de que os aumentos da produtividade e da competitividade estão diretamente ligados aos custos envolvidos durante a cadeia produtiva, também se conclui que o contrato de integração é elemento relevante para o fulgente crescimento do setor verificado nos últimos anos.

REFERÊNCIAS

- AXELROD, Robert M. *The evolution of cooperation*. New York: Basic Books, 1984.
- CAVALLI, Cássio Machado. *Empresa, direito e economia: elaboração de um conceito jurídico de empresa no direito comercial brasileiro contemporâneo a partir do dado teórico econômico*, 2012.
- COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16. nov. 1937.
- _____. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. v. III, oct. 1960.
- COOTER, Robert; ULLEN, Thomas. *Direito e Economia*. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro. Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 21. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2005.
- FRANCO, Cleiton; et. al. Análise dos contratos na avicultura de corte em Mato Grosso sob a ótica da nova economia institucional (NEI). *Revista de Economia e Agronegócio*, v. 9, n. 2, maio/ago. 2011.
- GOMES, Rogério Zuel. A nova ordem contratual: pós-modernidade, contratos de adesão, condições gerais de contratação, contratos relacionais e redes contratuais. *Revista de Direito do Consumidor (RT)*. v. 58, abr./jun. 2006, p. 180-223.
- LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NORTH, Douglass. *The new institutional economics and development*. Washington University. St. Louis, 1992.

PAIVA, Nunziata Stefania Valenza. O problema da qualificação jurídica dos contratos de integração vertical agroindustriais no direito brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito UFG*, v. 33, n. 2, p. 184-198, jul./dez. 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SADDI, Jairo; PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (Org.). *Direito & Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TEIXEIRA, Leisy Mikaelly Alves. Avaliação da equidade e eficiência dos contratos de integração celebrados na avicultura de corte do Distrito Federal. 2012. xii, 162 f., il. Dissertação (Mestrado em Agronegócios), Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies: some elementary considerations*. *American Economic Review*, 63, 2, p. 316-325. 1973.

_____. *As instituições econômicas do capitalismo: firmas, mercados, relações contratuais*. São Paulo: Pezco, 2012.

_____. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: The Free Press. 1985.

_____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, 22, 2, p. 233-261, oct. 1979.

LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA INTERNET: ALGUNS PARÂMETROS INTERNACIONAIS E O DIREITO BRASILEIRO

FREEDOM OF EXPRESSION ON THE INTERNET: SOME INTERNATIONAL STANDARDS AND THE BRAZILIAN LAW

Leonardo Valles Bento¹

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

RESUMO: O artigo tem por escopo explorar alguns princípios internacionalmente reconhecidos sobre liberdade de expressão aplicados à Internet, bem como pontuar brevemente a aderência ou não do Direito brasileiro a estes princípios. A pesquisa se vale de relatórios produzidos pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e da Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, eventualmente em conjunto com outras organizações internacionais. São analisados o princípio da neutralidade da rede, a legitimidade de utilização de filtros e bloqueios de conteúdo da Internet e o problema da responsabilização dos intermediários por conteúdos gerados e/ou publi-

cados por terceiros. A pesquisa constatou que o Direito brasileiro tem avançado na aderência aos princípios defendidos pelos referidos organismos internacionais, especialmente após o surgimento do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

PALAVRAS-CHAVE: Internet; liberdade de expressão; Lei nº 12.965/2014; neutralidade da rede; responsabilização dos intermediários.

ABSTRACT: *The article scope is to explore some internationally recognized principles on freedom of expression applied to the Internet, as well to point out the adherence or not of Brazilian Legal system to these principles. The research works on reports produced by the United Nations Human*

¹ Auditor da Controladoria-Geral da União (CGU), Professor do Curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB), São Luís/MA.

Rights Council and the Human Rights Commission of the Organization of American States, eventually together with other international organizations. The aspects analyzed are the principle of net neutrality, the legitimacy of using filters and blocks of Internet content, and the problem of intermediaries responsibilities for content generated or published by third users. The research found out that Brazilian Law has advanced in adherence to the principles defended by these international bodies, especially after the approval of the Internet "Marco Civi" (Law nº 12.965/2014).

KEYWORDS: *Internet; freedom of expression; Law nº 12.965/2014; net neutrality; intermediaries liability.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Liberdade de expressão e Internet; 2 Princípio da neutralidade da rede; 3 Filtros e bloqueios; 4 Responsabilização dos intermediários; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Freedom of expression and the Internet; 2 Net neutrality principle; 3 Filters and blocks ; 4 Intermediaries liability; Conclusion ; References.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo explorar alguns dos princípios internacionalmente reconhecidos sobre liberdade de expressão aplicados à Internet, bem como pontuar brevemente a aderência ou não do Direito brasileiro a estes princípios. O trabalho se vale de relatórios produzidos pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU) e da Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA), eventualmente em conjunto com outras organizações internacionais.

Naturalmente, a Internet constitui-se em uma tecnologia de informação e comunicação radicalmente inovadora, que revela diversos aspectos desafiadores e não é possível dar conta de todos eles no espaço de um artigo, de modo que apenas alguns deles foram selecionados. O tópico inicial do artigo visa expor brevemente o fundamento do direito humano à liberdade de expressão, sua função em sociedades democráticas e o impacto da Internet na sua compreensão. O tópico seguinte é dedicado ao princípio da neutralidade da rede, como garantia de isonomia na gestão do tráfego na rede, de modo que o conteúdo que nela circule seja produto das escolhas dos usuários e não das empresas provedoras. O terceiro tópico trata da possibilidade e limites da censura na Internet, isto é, da utilização pelas autoridades públicas de mecanismos de filtros ou bloqueios de conteúdo na rede. O tópico posterior trata do importante tema da responsabilidade civil dos intermediários, aspecto crucial para a defesa da

liberdade de expressão e ao mesmo tempo desafiador, uma vez que a arquitetura da Internet é essencialmente privada, de modo que os usuários dependem dos serviços de empresas provedoras para se expressarem livremente na rede. O regime de responsabilização dos intermediários, se não estiver em sintonia com o desenho específico da Internet, pode exercer pressão sobre essas empresas no sentido de cercear a liberdade dos usuários de publicar conteúdo.

O artigo não tratará da questão do acesso universal à Internet, isto é, da necessidade de políticas públicas tendentes a reduzir a “exclusão digital”. Embora seja um aspecto muito enfatizado pelas organizações internacionais, especialmente a OEA, o presente artigo prefere se focar nos princípios protetivos da liberdade de expressão *contra* a intervenção indevida, seja por parte do Estado, ou de empresas. O artigo também não trata do complexo tema da proteção dos direitos autorais e da responsabilidade na sua violação, dada a necessidade de limitar o escopo do trabalho.

Ao final, o artigo pretende oferecer ao leitor um panorama acerca da visão das principais organizações internacionais acerca da liberdade de expressão aplicada à Internet e da convergência do Direito brasileiro para essa mesma visão.

1 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E INTERNET

A liberdade de pensamento e de expressão constitui parte fundamental do arcabouço institucional das sociedades democráticas. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos² tem dedicado significativo esforço ao desenvolvimento doutrinário sobre esse tema, definindo princípios, compilando as melhores práticas observadas no continente, denunciando situações de abuso e violações desse direito e, também, por meio da jurisprudência da Corte, determinando aos países membros da OEA a reparação às vítimas e a efetivação de políticas de proteção, além de consolidar, por meio dos fundamentos das decisões, o marco jurídico da liberdade de expressão como direito humano.

² O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIPDH) é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte), ambos órgãos da Organização dos Estados Americanos, com atribuições fixadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Dentro da Comissão funciona a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão, encarregada de assessorar a CIDH sistematizando a jurisprudência e o conhecimento acerca do direito à liberdade de expressão e, desde 1998, divulga informes anuais, além de diversas outras publicações temáticas. Ver: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/index.asp>>.

A liberdade de expressão tem como fundamento uma tripla função que ela desempenha em sociedades livres.

Em primeiro lugar, trata-se de um dos direitos individuais que mais claramente reflete as características únicas dos seres humanos: a capacidade de pensar o mundo a sua volta desde sua própria perspectiva, e a capacidade de comunicar-se com outros, expressando e intercambiando ideias, experiências de vida e visões de mundo. Desse modo, por meio de um processo dialético e deliberativo, o ser humano constrói coletivamente sua representação da realidade e decide os termos de sua vida comunitária. Além disso, todo o potencial criativo na arte, na ciência, na tecnologia e na política depende do gozo efetivo da liberdade humana de expressar-se em todas as suas dimensões³.

Em segundo lugar, a liberdade de pensamento e de expressão possui uma relação estrutural com a democracia. A democracia pode ser definida como um sistema político no qual os cidadãos decidem, diretamente ou por meio de seus representantes, os assuntos da coletividade, e no qual as autoridades públicas prestam contas das suas ações. Nos termos do princípio do discurso de Habermas, a democracia e a ideia correlata de autogoverno – a autodeterminação política da coletividade fundada sobre a autonomia moral de seus membros – pressupõe decisões livres de coerção, legitimadas por um diálogo racional entre sujeitos iguais, no qual prevalece apenas a força do melhor argumento. No entanto, tais decisões, livres de relações de poder e dominação, exigem um conjunto de condições sociopsicológicas para a formação racional da opinião e da vontade, condições que se traduzem em um sistema de direitos fundamentais. O papel da liberdade de expressão, nesse sistema, consiste em permitir aos participantes da vida pública expressar-se, questionar, argumentar, criticar e contestar livremente⁴.

Esse é também o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Segundo ela, o objetivo mesmo do art. 13 da Convenção Interamericana é fortalecer o funcionamento de sistemas democráticos pluralistas e deliberativos, protegendo a livre circulação de ideias e opiniões de toda índole, viabilizando

³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión (2009). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2014. p. 2.

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenneischler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997. passim.

um processo deliberativo aberto e desimpedido, sobre todos os assuntos que dizem respeito aos interesses da sociedade. A formação de uma opinião pública bem informada e consciente dos seus direitos, bem como a responsabilização de autoridades públicas, não seriam possíveis de outro modo⁵.

Em terceiro lugar, a liberdade de expressão é um instrumento para a defesa de outros direitos, tais como o direito de reunião e associação, de participação política, o direito à educação, à liberdade religiosa e à identidade étnica e cultural⁶.

Portanto, a liberdade de expressão não deve ser entendida apenas em um sentido individual, mas também como um direito difuso. Como direito individual, a liberdade de expressão consiste no direito de cada pessoa expressar livremente seus pensamentos, ideias e informações. Como direito difuso, trata-se do direito da sociedade de obter informações e receber, livre de interferência e obstáculos, os pensamentos, ideias, opiniões e informações dos outros. Assim, a liberdade de expressão constitui-se em instrumento de intercâmbio e comunicação entre todos os seres humanos. Conhecer o pensamento do outro é tão importante quanto exprimir o próprio.

Nesse sentido, o surgimento da Internet representou a possibilidade, em um grau nunca antes imaginado, de realização plena do direito de expressar-se livremente e do direito à livre circulação da informação. Conforme ressalta a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “[a] Internet, como nenhum meio de comunicação existente antes, permitiu aos indivíduos comunicar-se instantaneamente e a baixo custo, e teve um impacto dramático no jornalismo e na forma como compartilhamos e acessamos informações e ideias”⁷. Principalmente com o surgimento de *blogs* e redes sociais, subverteu-se a separação entre produtor e receptor de informações. Todos podem ser jornalistas, formadores

⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión (2009). Op. cit., p. 3.

⁶ Idem, p. 4.

⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013). Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_web.pdf. Acesso em: 16 set. 2014. p. 5. “[la] Internet, como ningún medio de comunicación antes, ha permitido a los individuos comunicarse instantáneamente y a bajo costo, y ha tenido un impacto dramático en el periodismo y en la forma en que compartimos y accedemos a la información y las ideas”.

de opinião e editores de conteúdo. Conforme também ressalta o Relator Especial para Liberdade de Opinião e Expressão das Nações Unidas:

Diferente de qualquer outro meio de comunicação, tais como rádio, televisão e publicações impressas, baseadas na transmissão unidirecional de informação, as pessoas não são mais destinatários passivos, mas também editores ativos de informação. Essas plataformas são particularmente valiosas em países onde não há meios de comunicação independentes, na medida em que permitem aos indivíduos compartilhar pontos de vista críticos e obter a informação objetiva. Além disso, os produtores de mídia tradicional também podem usar a Internet para expandir grandemente as suas audiências a um custo nominal.⁸

O grande potencial da Internet decorre de suas características únicas, em especial a velocidade, alcance global e relativo anonimato. Essas características capacitam indivíduos para disseminar informação “em tempo real” e mobilizar pessoas para empreender ações de todo tipo, inclusive políticas, o que vem assustando governos e autoridades administrativas. As características da Internet – um espaço radicalmente aberto, descentralizado e plural – resultam de sua arquitetura em rede, desprovida de um centro. Ela se desenvolveu a partir de princípios enraizados no seu desenho e é de suma importância que qualquer marco regulatório preserve esses princípios e leve em conta essa arquitetura. Não se pode tratar a Internet da mesma forma que são tratados outros meios de comunicação⁹.

⁸ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27 (2011). Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/g11/132/01/pdf/g1113201.pdf?openelement>>. Acesso em: 16 set. 2014. p. 6-7. “Unlike any other medium of communication, such as radio, television and printed publications based on one-way transmission of information, individuals are no longer passive recipients, but also active publishers of information. Such platforms are particularly valuable in countries where there is no independent media, as they enable individuals to share critical views and to find objective information. Furthermore, producers of traditional media can also use the Internet to greatly expand their audiences at nominal cost”.

⁹ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013). Op. cit., p. 5-6.

No entanto, nenhum direito fundamental é absoluto. Existem motivos legítimos, relacionados com a proteção à segurança coletiva e a outros direitos de igual dignidade. Em caso de colisão entre a liberdade de expressão e outros valores igualmente merecedores de proteção, costuma-se aplicar um teste de razoabilidade das medidas restritivas. Assim, da mesma forma, restrições à liberdade na Internet somente serão legítimas se atenderem concomitantemente a um conjunto de requisitos exigentes, quais sejam:

- (1) Excepcionalidade e previsão legal, isto é, as restrições devem ser exceções taxativamente previstas em uma lei, em sentido formal e material, especificadas em linguagem clara e objetiva, e que devem ser interpretadas restritivamente;
- (2) Adequação, ou seja, as restrições devem visar a uma finalidade legítima e ser de fato capazes de promover essa finalidade. As finalidades legitimamente reconhecidas pelas declarações internacionais de direitos são proteger a reputação de outros indivíduos e proteger a segurança nacional, a ordem ou a saúde públicas.
- (3) Necessidade, isto é, a liberdade de expressão na Internet somente deve ser restringida no que for estritamente necessário ao atingimento dos objetivos visados na restrição, após a consideração cuidadosa de outras alternativas menos restritivas.
- (4) Proporcionalidade, ou seja, uma relação positiva entre os benefícios esperados pela restrição em comparação com o sacrifício imposto à liberdade de expressão.
- (5) Possibilidade de revisão por uma autoridade independente, de acordo com devido processo legal: qualquer decisão que restringe o direito à liberdade de expressão deve ser aplicada por uma autoridade independente de quaisquer influências indevidas, sejam políticas, comerciais, ou outras, de forma que não seja arbitrária, nem discriminatória, e com salvaguardas adequadas contra o abuso, incluindo a possibilidade de contestação e invalidação contra a sua aplicação abusiva¹⁰.

¹⁰ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27 (2011). Op. cit., p. 8. ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión (2009). Op. cit., p. 22-30.

Tais requisitos devem ser levados em conta na formulação dos marcos regulatórios sobre o uso da Internet, cujos aspectos serão desenvolvidos nos tópicos seguintes. De acordo com o Relator Especial das Nações Unidas para Liberdade de Opinião e Expressão, os tipos legítimos de informações que podem ser limitados incluem pornografia infantil, discursos de ódio, difamação (a fim de proteger os direitos e da reputação de outrem contra ataques injustificados), incitamento direto e público à prática de genocídio e apologia ao ódio nacional, racial ou religioso, que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou à violência¹¹.

2 PRINCÍPIO DA NEUTRALIDADE DA REDE

Para que o usuário possa utilizar a Internet, são necessários dois tipos de serviço: o serviço de conexão e os serviços de conteúdo. O primeiro serviço consiste na disponibilização ao usuário de um meio de transmissão, com ou sem fio, e uma identidade de acesso, um endereço lógico na rede, conhecido pelo número de Protocolo de Internet, ou IP. Uma vez estabelecida a conexão, os serviços de conteúdo oferecem à escolha do usuário os mais diversos serviços e aplicações.

Originariamente, a Internet foi pensada para ser um ambiente neutro em relação ao conteúdo que nela circula. Toda informação que circula na rede é fragmentada em inúmeros pacotes de dados, os quais não necessariamente viajarão pelo mesmo caminho. A rede fornece diversas rotas de transmissão desses pacotes, que são remontados no seu destino final. O princípio da neutralidade da rede estabelece que todos os pacotes de informações que circulam na rede devem ser tratados de forma isonômica, isto é, devem trafegar na mesma velocidade, sem discriminação em razão de fatores como tipo de conteúdo, autor, origem, destino, serviço ou aplicação¹².

Trata-se, segundo seus defensores, de um princípio de democracia na rede. A ideia é que a informação que circula na Internet seja um reflexo das escolhas livres dos usuários, e não das empresas provedoras de conexão ou de conteúdo. O debate acerca da neutralidade da rede originou-se de mais de um

¹¹ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27 (2011). *Op. cit.*, p. 8.

¹² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (2011). Item 5. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>>. Acesso em: 16 set. 2014.

fator. Em primeiro lugar, provedores de serviços de telefonia e de conexão à Internet foram prejudicados com o surgimento de serviços tais como o de Voz sobre IP (VoIP), que permite a conversação por meio da Internet sem nenhum pagamento adicional.

Em segundo lugar, uma vez que a Internet possui três personagens (o provedor de conexão, o provedor de conteúdo e o usuário), não demorou para que surgisse um novo mercado para a qualidade do serviço de Internet (QoS). Empresas produtoras de conteúdo passaram a pagar mais aos provedores de conexão para que o seu conteúdo trafegasse de forma mais rápida pela rede. Isso favorece o domínio de grandes empresas que, graças ao seu poder econômico, atrairiam mais usuários graças à qualidade da conexão, mesmo que o seu conteúdo não seja o melhor ou que não seja aquele que o usuário naturalmente escolheria em condições isonômicas.

Em terceiro lugar, o desenvolvimento da Internet acarretou o surgimento de diversos serviços e aplicações que exigem muita largura de banda, ou que exigem comunicação em tempo real, em particular a já mencionada telefonia VoIP, o compartilhamento de arquivos *Pier-to-Pier* (P2P), ou *torrent*, serviços de mensagem instantânea (tais como *Whatsapp*) e o serviço de vídeo *streaming*, tais como *YouTube* ou o *Netflix*. Tais aplicações não são capazes de funcionar a menos que lhes seja garantido um mínimo de qualidade de serviço. Esse terceiro aspecto é particularmente importante, pois tem levado algumas legislações a flexibilizar o princípio da neutralidade da rede.

Um caso bem conhecido é o da empresa *Netflix*, que permite a seus clientes assistirem filmes e séries de TV pela Internet. Para que o seu serviço funcione, é fundamental que não haja congestionamento na transmissão dos dados. Do contrário, a transmissão do conteúdo sofrerá repetidas interrupções, prejudicando a qualidade e irritando o usuário. A empresa celebrou acordos com as principais provedoras de conexão dos Estados Unidos, a *Varizon* e a *Comcast* para que estas lhe disponibilizassem uma “pista livre” para a transmissão dos seus pacotes de dados, em uma aparente flexibilização ao princípio em comento. De fato, esse tipo de acordo permite que empresas economicamente poderosas, como a *Netflix*, paguem por uma velocidade de conexão maior, atraindo assim a preferência dos usuários, em detrimento de outras empresas menores que oferecem o mesmo serviço, prejudicando assim a competitividade¹³.

¹³ FELITI, Guilherme. Netflix fecha acordo de interconexão com a Verizon para melhorar seu serviço. *Época Negócios*, 29.04.2014. Disponível em: <<http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/>

Convém destacar que o princípio da neutralidade da rede somente se torna relevante em situações de congestionamento do tráfego na Internet, isto é, quando o excesso de informação circulante provoca lentidão na rede. Quando a banda é suficientemente espaçosa para permitir o fluxo livre de todo o conteúdo, não há necessidade de se adotar regras para a gestão do tráfego. O princípio em comento postula que o tráfego deve ser administrado de forma isonômica e não discriminatória.

No entanto, como se viu anteriormente, há situações que requerem uma flexibilização desse princípio. No caso do Brasil, a Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), após afirmar a garantia do princípio da neutralidade em seus arts. 3º, IV, prevê, mais adiante, no art. 9º, § 1º, que discriminação ou degradação do tráfego é possível quando decorrer de: (I) requisitos técnicos indispensáveis à prestação adequada de serviços e aplicações e (II) priorização de serviços de emergência. O dispositivo legal citado ainda exige que estas exceções sejam regulamentadas por meio de Decreto do Presidente da República, ouvidos o Comitê Gestor da Internet e a Agência Nacional de Telecomunicações.

De acordo com a Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet, aprovada pelo Relator Especial das Nações Unidas (ONU) para a Liberdade de Opinião e Expressão, pelo Representante para a Liberdade dos Meios de Comunicação da Organização para a Segurança e Cooperação na Europa (OSCE), pelo Relator Especial da Organização dos Estados Americanos (OEA) para a Liberdade de Expressão e do Relator Especial sobre a Liberdade de Expressão e Acesso à Informação da Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP):

Deve-se exigir dos intermediários de Internet que sejam transparentes em relação às práticas que empregam para a gestão do tráfego ou da informação e qualquer informação relevante sobre tais práticas deve ser posta à disposição do público em um formato que resulte acessível para todos os interessados.¹⁴

tecneira/2014/04/29/netflix-fecha-acordo-de-interconexao-com-a-verizon-para-melhorar-seu-servico/>. Acesso em: 30 abr. 2014.

¹⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (2011). Op. cit., Item 5. “*Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier*

Portanto, exceções ao princípio são permitidas, desde que devidamente regulamentadas, de forma transparente e visando a objetivos legítimos, de modo a não desvirtuar nem tornar inócua o princípio em comento, transformando o que deveria ser a regra geral em exceção.

3 FILTROS E BLOQUEIOS

Conforme dito antes, as restrições à liberdade de expressão na Internet devem respeitar requisitos exigentes de razoabilidade. Em primeiro lugar, tais restrições devem ser excepcionais e taxativamente previstas em Lei, aprovada pelo Poder Legislativo, a qual deverá descrever as hipóteses de restrição de forma clara e objetiva, reduzindo ao mínimo a discricionariedade das autoridades públicas na sua interpretação. Além disso, quanto ao mérito, tais hipóteses de restrição devem passar em um teste tripartite de adequação, necessidade e proporcionalidade. Por fim, as decisões das autoridades públicas que determinem uma restrição à liberdade de expressão devem ser passíveis de recurso e de revisão por autoridades independentes.

Este teste tripartite aplica-se de forma típica às situações em que os governos impõem bloqueio ou suspensão compulsória de sítios da Internet, ou determina a remoção de conteúdo de sítios ou de motores de busca. Tais medidas somente se admitem em casos excepcionais, relacionados com a prática de atos claramente ilícitos, ou com a disseminação de discursos não protegidos pelo direito à liberdade de expressão. Como exemplos de situações passíveis de bloqueio são a pornografia infantil, a apologia ao crime e à violência, ou os chamados “discursos de ódio”, que incitam ao ódio étnico, político, religioso ou outro qualquer¹⁵.

Convém destacar que essa medida de censura somente pode atingir conteúdos específicos, conforme avaliação de sua ilicitude no caso concreto, e deve ser cuidadosamente desenhada de tal forma que não atinja os conteúdos lícitos do mesmo sítio.

Indispensável, pois, que o pedido de exclusão dos resultados de pesquisa de um texto ou imagem específica seja formulado judicialmente. A despeito

información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados”.

¹⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013). Op. cit., p. 46.

disso, mesmo mediante expressa ordem judicial, seria indispensável que o conteúdo a ser excluído viesse acompanhado da indicação do respectivo URL (sigla que corresponde à expressão Universal Resource Locator, que em português significa localizador universal de recursos. [...] [Os provedores de pesquisa] não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, tampouco os resultados que apontem para uma foto ou texto específico, independentemente da indicação do URL da página em que este estiver inserido.¹⁶

De fato, também os mandatários especiais para liberdade de expressão da OEA, da ONU, da Organização para Segurança e Cooperação na Europa (OSCE) e da União Africana, por meio da Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet, de 2012, item 3 “a”, afirmaram que o bloqueio de sítios *web* inteiros, endereços e IP, ou redes sociais constitui uma medida extrema equivalente à proibição de um jornal ou emissora de rádio ou TV¹⁷.

Além disso, as medidas de bloqueio deve ser determinadas por uma autoridade competente, atendendo ao devido processo legal, que inclui a possibilidade de revisão por uma autoridade independente. A decisão deve ser transparente quanto ao seu fundamento, de modo que as hipóteses devem ser reguladas em lei e as decisões motivadas com base nela. A motivação da medida de bloqueio deve abordar também a questão da necessidade, isto é, deve provar que é a única medida possível, ou a menos restritiva, para alcançar uma finalidade legal e legítima. Em outras palavras, as medidas de filtro ou bloqueio devem seguir os requisitos já expostos anteriormente: previsão legal, adequação, necessidade, proporcionalidade, aplicação por uma autoridade independente, possibilidade de impugnação e devido processo legal.

Já no que tange aos conteúdos que sejam impróprios para crianças, tais como *sites* de pornografia ou de violência, considera-se abusivo que as medidas

¹⁶ ANDRIGHI, Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via Internet. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012, p. 72 e 74.

¹⁷ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (2011). Op. cit., Item 3.

de filtro ou bloqueio sejam tornadas obrigatórias ou efetuadas diretamente por governos, cabendo exclusivamente ao usuário, no caso os pais ou responsáveis, avaliar a necessidade de tais filtros e de que forma implementá-los¹⁸.

Uma das formas mais comuns de abuso na utilização das medidas de filtro ou bloqueio consiste na alegação de preservar a ordem pública, especialmente diante de denúncias de escândalos de corrupção, a divulgação de pesquisas que tragam indicadores econômicos, sociais ou ambientais negativos, notícias sobre a disseminação de doenças e catástrofes naturais etc. Outro exemplo é o bloqueio de acesso a redes sociais quando são utilizadas para mobilizar pessoas para uma manifestação pública ou um protesto. Tais discursos recebem uma proteção especial, em face da liberdade de expressão, não se admitindo o bloqueio ou filtro à sua livre circulação. De acordo com o Relator Especial das Nações Unidas para a Liberdade de Opinião e Expressão, há uma crescente preocupação com a tendência de bloqueios *just-in-time* de redes sociais e *blogs*, isto é, de impedir usuários de acessar esses serviços em momentos cruciais, tais como durante eleições, protestos, ou em datas comemorativas de eventos históricos¹⁹.

4 RESPONSABILIZAÇÃO DOS INTERMEDIÁRIOS

Uma das características específicas da Internet é que a interação entre os usuários se dá por intermédio de uma pluralidade de atores, chamados genericamente de intermediários. São os provedores de acesso e conexão, os prestadores de serviço de hospedagem de conteúdo publicado pelo usuário (*websites* ou *blogs*), serviços de busca de conteúdo (como o Google), programas de navegação e plataformas de redes sociais (tais como o *Facebook*, *Twitter*, *Orkut*, *LinkedIn* etc.).

O interesse na atuação dos intermediários tornou-se relevante em razão de que por meio deles é tecnicamente possível exercer controle sobre os conteúdos divulgados na Internet. Tanto governos quanto cidadãos e empresas têm se voltado para esses intermediários no sentido de obrigá-los a monitorar a publicação de conteúdo e proceder à remoção deste, sempre que se sentirem prejudicados. Muitas razões explicam isso. Em primeiro lugar, a quantidade de usuários da Internet é imensa e muitos deles acessam a rede e publicam conteúdo

¹⁸ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013). Op. cit., p. 41.

¹⁹ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27 (2011). Op. cit., p. 9-10.

anonimamente ou por meio de pseudônimos, tornando difícil a identificação do autor do conteúdo ofensivo. Em segundo lugar, devido ao caráter global da Internet, é possível a um usuário criar *sites* ou *blogs* em qualquer lugar do planeta, criando assim problemas de jurisdição (*forum shopping*). Ambos os problemas são agravados em razão de que a informação é livre e facilmente compartilhada por outros usuários, gerando um problema de ubiquidade. Finalmente, uma vez que normalmente os intermediários são grandes empresas, há um incentivo econômico para responsabilizá-las por conteúdo produzido por terceiros. Por todos esses motivos, é muito mais cômodo acionar judicialmente e responsabilizar o intermediário do que o efetivo autor individual da publicação ilícita ou ofensiva.

No Brasil, parte da jurisprudência tendeu inicialmente no sentido de estabelecer uma responsabilidade objetiva dos intermediários. Talvez pelo fato de que a circulação de informações na Internet é sustentada por serviços oferecidos por empresas privadas, a interpretação do regime de responsabilidade sofreu interferência do direito do consumidor, em detrimento dos princípios internacionais regentes da liberdade de expressão.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de São Paulo considerou que a empresa proprietária de um *site* de relacionamento é responsável pelos danos decorrentes de informações inseridas por terceiros. No caso, houve divulgação dos nomes das autoras, inclusive telefone, no referido *site*, por terceira pessoa, atribuindo-lhes a prática de programas sexuais. O mais significativo é que o Tribunal entendeu que a empresa prestadora do serviço teria uma obrigação de controle prévio de todas as informações ali inseridas por terceiros²⁰.

Em outra ação movida contra a empresa Google, proprietária da rede social *Orkut*, terceiros criaram uma “comunidade” que divulgava a informação de que a empresa autora encontrava-se em estado falimentar, além de ser causadora de prejuízo a seus fornecedores. Apesar de disponibilizar um serviço de denúncia contra conteúdo impróprio e de haver retirado de circulação a informação ofensiva assim que notificada pelo usuário ofendido, o órgão julgador concluiu

²⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0120417-12.2005.8.26.0000. Julgamento: 22.03.2007. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Salles Rossi. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

pela responsabilidade do provedor de serviços por não exercer um controle preventivo do conteúdo gerado por terceiros²¹.

Ainda em outra ação, julgada pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, também contra a empresa Google, o acórdão foi mais explícito ao fundamentar a sentença na teoria do risco e no Código de Defesa do Consumidor, com vistas a imputar responsabilidade objetiva ao prestador do serviço de hospedagem de conteúdos gerados por terceiros. Neste caso, tratava-se de um *blog*, hospedado no domínio *blogspot*, de propriedade do Google, no qual se publicou conteúdo ofensivo à honra do autor. Assim se pronunciou o TJMG:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - PUBLICAÇÃO DE MATERIAL OFENSIVO NA INTERNET SEM IDENTIFICAÇÃO DO USUÁRIO - RESPONSABILIDADE DA PROVEDORA DE CONTEÚDO - DANO MORAL - ARBITRAMENTO - À medida que a Provedora de Conteúdo disponibiliza na Internet um serviço sem dispositivos de segurança e controle mínimos e, ainda, permite a publicação de material de conteúdo livre, sem sequer identificar o usuário, deve responsabilizar-se pelo risco oriundo do seu empreendimento. Em casos tais, a incidência da responsabilidade objetiva decorre da natureza da atividade, bem como do disposto no art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor.²²

Tal interpretação é condenada enfaticamente tanto pelas organizações não governamentais que militam pela liberdade de expressão como também por organizações internacionais como a ONU e a OEA. Na já mencionada Declaração Conjunta sobre Liberdade de Expressão e Internet, sustenta-se que:

Nenhuma pessoa que ofereça unicamente serviços técnicos de Internet, como acesso, buscas, ou conservação em memória cachê deverá ser responsável

²¹ SÃO PAULO. Comarca de Franca (SP). Processo nº 196.01.2006.028424-6. 2ª Vara Cível. Julgamento: 21.02.2008. Juiz: Orlando Bossi Jr. Disponível em: < <http://www.ibdi.org.br/site/jurisprudencia.php?id=21>>. Acesso em: 16 set. 2014.

²² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0985391-87.2009.8.13.0439. Julgamento: 12.02.2009. 13ª Câmara Cível. Relatora: Des. Cláudia Maia. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

por conteúdos gerados por terceiros e que se difundam através destes serviços, sempre que não intervenha especificamente nos ditos conteúdos, nem se negue a cumprir uma ordem judicial que exija sua eliminação quando esteja em condições de fazê-lo (princípio de mera transmissão).²³

O problema com a ideia de responsabilidade objetiva do intermediário, em primeiro lugar, é que ela é uma situação excepcional, somente admissível nas situações em que o responsável tem efetivo controle sobre o fator de risco que acarretou o dano. No caso da Internet, é conceitual e tecnicamente impossível, a menos que se descaracterize toda a arquitetura da rede, exigir-se que os intermediários realizem um controle preventivo de todo o conteúdo que circula em seus serviços, ou presumir que está sob seu controle evitar os danos que conteúdos impróprios possam causar a terceiros. Em uma analogia bastante conhecida, é como responsabilizar o mensageiro pelo conteúdo da mensagem, ou como responsabilizar a companhia telefônica por uma ameaça recebida por telefone.

Tal exigência significaria impor aos intermediários o dever de realizar censura privada. Convém ressaltar que os intermediários, uma vez que se trata de empresas privadas, possuem finalidade lucrativa e prestam contas a seus acionistas. Sua prioridade não é maximizar a liberdade de expressão. Não são instituições vocacionadas para ponderar direitos fundamentais, nem se pode exigir delas que tomem decisões juridicamente corretas nessa matéria. Um sistema que responsabiliza os intermediários por conteúdos produzidos e publicados por usuários levará estas empresas a uma atitude hipercautelosa, visando sua autoproteção, de modo que tenderão a restringir ou a retirar conteúdos da rede que seriam perfeitamente legítimos, devido ao temor de sofrerem um processo. Na dúvida, as empresas intermediárias da Internet preferirão errar em favor da censura do que permitir conteúdos que poderão levá-las, eventualmente, a ter que pagar indenizações aos ofendidos.

²³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (2011). Op. cit., Item 2. *“Ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no interonga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo (‘principio de mera transmisión’)”*.

O Relator Especial das Nações Unidas para Liberdade de Expressão também chama atenção ainda para o fato de que um controle prévio exercido por tais empresas intermediárias viola o direito dos usuários à liberdade de expressão, sem que este tenha tido oportunidade de exercer as garantias processuais do contraditório.

Responsabilizar os intermediários pelo conteúdo difundido ou criado por seus usuários solapa gravemente o exercício da liberdade de opinião e de expressão, uma vez que conduz a uma censura privada de autoproteção excessivamente ampla, amiúde sem transparência e sem o devido processo legal.²⁴

Pelas razões expostas, as organizações internacionais e não governamentais que atuam na matéria são unânimes em sustentar que a responsabilidade posterior por conteúdo ofensivo divulgado na rede somente deve ser imposta aos seus autores diretos.

Em consideração a isto, em muitos países, em particular nos Estados Unidos e na União Europeia, adotou-se um sistema conhecido como “notificação e retirada” (*notice and take down*). Esse sistema estrutura um modelo de responsabilidade subjetiva, condicionada ao cumprimento de procedimentos de notificação extrajudicial. Neste esquema, também conhecido como porto seguro, o prejudicado notifica o prestador de serviço de que um conteúdo produzido por um usuário é ofensivo e ilegal. A notificação é analisada pelo prestador do serviço que, constatando a procedência da notificação, retira o conteúdo do *site*, *blog*, rede social etc. Nesse sistema, o intermediário somente será responsabilizado se falhar em atender a uma notificação sobre conteúdo de fato ofensivo²⁵.

A jurisprudência brasileira tem evoluído para a utilização desse sistema. No próprio Tribunal de Justiça de Minas Gerais consta um precedente. Em ação movida contra a empresa UOL S/A, o ofendido pedia danos morais em razão de

²⁴ . UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27 (2011). Op. cit., p. 12. “*Holding intermediaries liable for the content disseminated or created by their users severely undermines the enjoyment of the right to freedom of opinion and expression, because it leads to self-protective and over-broad private censorship, often without transparency and the due process of the law*”.

²⁵ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013). Op. cit., p. 49-50.

um comentário ofensivo de um leitor em uma matéria publicada pelo referido *site* de notícias, apesar de a empresa-ré ter excluído o comentário assim que foi notificada. Desta vez, o Tribunal entendeu que não há responsabilidade do provedor de serviços por informações publicadas por terceiro e que não existe, nem é tecnicamente possível, o monitoramento prévio das publicações dos usuários:

Em regra, o provedor de hospedagem não é responsável pelo conteúdo das informações que exhibe na rede, salvo se, verificada a ocorrência de ato ilícito, se recusar a identificar o ofensor ou interromper o serviço prestado ao agente. Isso porque não há que se falar em dever legal do provedor de fiscalizar as ações de seus usuários.²⁶

Esta corrente jurisprudencial se consolidou no Superior Tribunal de Justiça. Embora reconhecendo a relação de consumo e a incidência das restrições do Código de Defesa do Consumidor, o STJ estabeleceu que a fiscalização prévia de conteúdo por parte do provedor de serviços na Internet não é atividade intrínseca ao serviço, não devendo, portanto, ser responsabilizado em razão da ausência desta fiscalização. A responsabilidade solidária só incide se, após ciência do ilícito, houver omissão em remover o conteúdo ofensivo. Essa regra foi reconhecida em caso de serviços de *e-mail*:

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/1990.
2. O fato de o serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração”, contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. O provedor de correio eletrônico (*e-mail*) é uma espécie do gênero provedor de conteúdo, pois propicia o envio de mensagens aos destinatários

²⁶ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0105.02.069961-4/001. Julgamento: 18.11.2008. Relator: Des. Elpídio Donizetti. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014. Ver também: PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 130075-8. Julgamento: 19.11.2002. 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Antônio Gomes da Silva. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

indicados pelos usuários, incluindo a possibilidade de anexar arquivos de texto, som e imagem.

4. A fiscalização prévia, pelo provedor de correio eletrônico, do conteúdo das mensagens enviadas por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens encaminhados.
5. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo enviadas pelo usuário via *e-mail* não constitui risco inerente à atividade dos provedores de correio eletrônico, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002.
6. Ao ser comunicado de que determinada mensagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor de correio eletrônico agir de forma enérgica, suspendendo a respectiva conta de *e-mail*, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
7. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de correio eletrônico ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omittendo*.²⁷

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.300.161/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 19.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 set. 2014.

Também foi reconhecida nas situações que envolvem comentários ofensivos em *blogs*:

1. A exploração comercial da Internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei nº 8.078/1990.
2. O fato do serviço prestado pelo provedor de serviço de Internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor.
3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na *web* por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o *site* que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.
4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no *site* pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.
5. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
6. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências

que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do *site*, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa *in omissendo*²⁸.

E, por fim, em casos de mensagens ofensivas publicadas em redes sociais:

REDES SOCIAIS – MENSAGEM OFENSIVA – REMOÇÃO – PRAZO

A Turma entendeu que, uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, pela omissão praticada. Consignou-se que, nesse prazo (de 24 horas), o provedor não está obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso. Entretanto, ressaltou-se que o diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Assim, frisou-se que cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o caso, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocá-la no ar, adotando, na última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar. Por fim, salientou-se que, tendo em vista a velocidade com que as informações circulam no meio virtual, é indispensável que sejam adotadas, célere e enfaticamente, medidas tendentes a coibir a divulgação

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.193.764-SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 14.12.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 set. 2014.

de conteúdos depreciativos e aviltantes, de sorte a reduzir potencialmente a disseminação do insulto, a fim de minimizar os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza.²⁹

Em outras palavras, o STJ parece ter aderido ao sistema do *notice and take down*, pelo qual o intermediário é isento de responsabilidade por informações produzidas ou publicadas por terceiros enquanto não for notificado do seu caráter ofensivo ou ilegal. Porém, a partir do momento em que o provedor de serviços é notificado, *ainda que extrajudicialmente*, passa a incidir responsabilidade solidária com o autor caso não promova a remoção.

A crítica feita a esse sistema é a mesma que foi feita anteriormente. Não se deve atribuir a uma empresa privada o ônus de avaliar juridicamente se a notificação do ofendido é ou não procedente. Conforme já dito anteriormente, a empresa prestadora de serviços na Internet tem como prioridade a proteção da imagem e do faturamento da empresa, não estando comprometida com a efetividade do direito humano à liberdade de expressão, nem é tecnicamente competente para interpretar a legislação de acordo com os princípios e *standards* internacionais na matéria. Diante de uma notificação de um usuário ofendido, a empresa tenderá, em caso de dúvida (ou mesmo na ausência de dúvida), a retirar o conteúdo de circulação, por questões de segurança, a fim de prevenir qualquer responsabilização judicial.

Com efeito, o Relator Especial das Nações Unidas para Liberdade de Opinião e Expressão critica o sistema de notificação-e-retirada, e propõe um sistema de notificação judicial.

Os usuários que são notificados pelo prestador do serviço que o seu conteúdo foi sinalizado como ilegal frequentemente têm poucos meios ou poucos recursos para contestar a retirada. Além disso, os intermediários, como entidades privadas, não estão na melhor posição para tomar a decisão de saber se um determinado conteúdo é ilegal, o que requer cuidadoso equilíbrio de interesses concorrentes e a consideração das defesas. [...] O Relator Especial acredita que medidas de censura nunca devem ser delegadas a uma entidade privada, e

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.323.754/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgado em 19.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 set. 2014.

que ninguém deve ser responsabilizado por conteúdo na Internet do qual não é o autor. [...] [O] Relator Especial recomenda aos intermediários para: apenas implementar restrições a esses direitos após intervenção judicial; ser transparente para com o usuário envolvido acerca das medidas tomadas e, se for o caso, para com o público em geral; fornecer, se possível, aviso-prévio a usuários antes da implementação das medidas restritivas; e minimizar o impacto das restrições estritamente ao conteúdo envolvido. Finalmente, deve haver recursos eficazes para os usuários afetados, incluindo a possibilidade de apelar por meio dos procedimentos previstos pelo intermediário e por uma autoridade judiciária competente.³⁰

Por isso, as organizações de defesa de direitos humanos sustentam que a exigência de remoção de conteúdos por parte de intermediários somente pode advir de uma decisão judicial, ou de uma autoridade administrativa independente. Somente quando descumprida a decisão judicial ou administrativa é que ficaria caracterizada a responsabilidade desse intermediário. Esse é também o entendimento de Nancy Andrichi:

Em primeiro lugar, noto que essa forma de restrição, se cabível, haverá de emanar sempre de ordem judicial, mostrando-se inviável a simples notificação extrajudicial, diante da impossibilidade de se delegar o juízo acerca do potencial ofensivo de determinado

³⁰ UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression – A/HRC/17/27 (2011). Op. cit., p. 12-14. *“Users who are notified by the service provider that their content has been flagged as unlawful often have little recourse or few resources to challenge the takedown. Furthermore, intermediaries, as private entities, are not best placed to make the determination of whether a particular content is illegal, which requires careful balancing of competing interests and consideration of defences. [...] The Special Rapporteur believes that censorship measures should never be delegated to a private entity, and that no one should be held liable for content on the Internet of which they are not the author. [...] [T]he Special Rapporteur recommends intermediaries to: only implement restrictions to these rights after judicial intervention; be transparent to the user involved about measures taken, and where applicable to the wider public; provide, if possible, forewarning to users before the implementation of restrictive measures; and minimize the impact of restrictions strictly to the content involved. Finally, there must be effective remedies for affected users, including the possibility of appeal through the procedures provided by the intermediary and by a competent judicial authority”*.

texto ou imagem à discricionariedade da vítima ou do provedor.³¹

O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) assimilou esse raciocínio. Seu art. 19 é bastante explícito na sua intenção de evitar a censura e determina que:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Portanto, ante o advento de um novo marco legal, espera-se que a jurisprudência brasileira se reposicione acerca dessa questão.

A organização não governamental Artigo 19 defende a adoção de um sistema de “notificação e notificação” (*notice-to-notice*), pelo qual os intermediários transmitem ao usuário autor do conteúdo qualquer notificação sobre a suposta ilicitude ou caráter ofensivo da sua publicação. O objetivo é obter uma manifestação do usuário e, assim, obter uma autorização voluntária de retirada de conteúdo, ao mesmo tempo em que se assegura um mínimo de contraditório. A ONG admite, porém, que esse sistema somente seria aplicável em alguns casos³².

De qualquer forma, recomenda-se aos intermediários a adoção de uma política de transparência, divulgando ao público suas condições de serviço, o que a empresa considera ou não considera publicação ofensiva, em consonância com os *standards* internacionais em matéria de liberdade de expressão. Devem também tornar públicas todas as notificações ou ordens judiciais de retirada de conteúdo, informando a sua quantidade e o respectivo fundamento. Um exemplo dessa boa prática é Google Transparency Report³³.

³¹ ANDRIGHI, Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via Internet. Op. cit., p. 72.

³² ARTICLE XIX. Internet intermediaries: dilemma of liability (2013). Disponível em: <http://www.article19.org/data/files/Intermediaries_english.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

³³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013).

CONCLUSÃO

Conforme dito na Introdução, o presente artigo teve por objetivo traçar um panorama da visão das organizações internacionais, especificamente a ONU e a OEA, sobre os princípios regentes do direito humano à liberdade de expressão aplicados à Internet. Constatou-se que, na ótica dessas organizações, a Internet possui características singulares, enraizadas em sua arquitetura, que devem ser levadas em conta ao se conceber normas destinadas a regulá-la, especialmente seu caráter privado, operado por empresas, radicalmente descentralizado e aberto, incompatível com uma gestão centralizada.

Constatou-se também que, a despeito de suas características distintivas, os princípios tradicionalmente aceitos sobre liberdade de expressão continuam aplicáveis em seu sentido geral. Isso significa que o direito à liberdade de expressão na Internet é essencial para a democracia e o exercício da liberdade individual, mas que não é um direito absoluto. Porém, qualquer limitação ao direito de expressar opiniões e ideias na Internet deve satisfazer requisitos exigentes: previsão objetiva e taxativa em lei, finalidade legítima, necessidade e proporcionalidade, além da possibilidade de recurso contra decisões restritivas perante uma autoridade independente, em consonância com o devido processo legal.

Em relação aos aspectos específicos da Internet, viu-se que as organizações internacionais analisadas consideram de fundamental importância o princípio da neutralidade da rede, a fim de garantir um ambiente competitivo e de incentivo à inovação, embora reconheçam, relutantemente, a possibilidade de flexibilizar esse princípio e realizar a gestão do tráfego de modo a viabilizar determinados tipos de serviços. Todavia, nesses casos, exige-se que a gestão do tráfego seja transparente e orientando a finalidades legítimas.

Com relação às medidas de filtro ou bloqueio de conteúdo por autoridades públicas, somente são admitidas como medida excepcional, a fim de coibir a pornografia infantil ou a veiculação de discursos de ódio nacional, étnico ou religioso, ou ainda de incentivo ou apologia à violência, e que não é admissível o bloqueio ou interrupção do acesso à Internet por motivos de “ordem pública”, ou na tentativa de desarticular ações de protesto ou resistência por parte da sociedade civil.

Op. cit., p. 55.

Outro ponto destacado pelas organizações internacionais é a necessidade de proteger o intermediário da responsabilidade por conteúdo criado ou publicado por terceiros usuários que utilizam seus serviços. As empresas prestadoras de serviços de conexão, de busca ou de plataformas de comunicação não podem ser induzidas a exercer vigilância ou monitoramento do que os seus usuários publicam, nem respondem objetivamente em caso de conteúdo ofensivo ou ilegal. Além disso, tanto a ONU quanto a OEA criticam os sistemas de “notificação e retirada” (*notice and take down*), uma vez que transferem a atores privados o dever de avaliar o caráter ofensivo ou ilegal de conteúdos publicados por usuários, realizando uma censura privada incompatível com a proteção plena à liberdade de expressão.

No que se refere ao Direito brasileiro, observa-se que a aprovação recente do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) incorporou os pontos de vista expressos pelas organizações internacionais analisadas. Especificamente, em relação à responsabilização dos intermediários, observou-se que a jurisprudência brasileira inicialmente adotou o ponto de vista contrário de responsabilizar objetivamente as empresas prestadoras de serviços, nos termos do direito do consumidor. Posteriormente, essa jurisprudência evoluiu no sentido de reconhecer a ausência de obrigação de monitoramento ou controle prévio de conteúdo por parte dessas empresas, mas assimilou a sistemática de notificação extrajudicial. No entanto, com o advento do Marco Civil da Internet, espera-se que a jurisprudência seja obrigada a uma nova mudança no sentido de que somente por ordem judicial se pode exigir a retirada de conteúdo da rede, sob pena de responsabilidade da empresa prestadora, conforme dispõe o art. 19 do referido Diploma Legal.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Nancy. A responsabilidade civil dos provedores de pesquisa via Internet. *Revista do TST*, Brasília, v. 78, n. 3, p. 64-75, jul./set. 2012.

ARTICLE XIX. Internet intermediaries: dilemma of liability (2013). Disponível em: <http://www.article19.org/data/files/Intermediaries_english.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.300.161/RJ. Rel^a Min. Nancy Andrichi. Julgado em 19.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.193.764/SP. Rel^a Min. Nancy Andrighi. Julgado em 14.12.2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.323.754/RJ. Rel^a Min. Nancy Andrighi. Julgado em 19.06.2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 16 set. 2014.

FELITI, Guilherme. Netflix fecha acordo de interconexão com a Verizon para melhorar seu serviço. *Época Negócios*, 29.04.2014. Disponível em: <<http://colunas.revistaepocanegocios.globo.com/tecneira/2014/04/29/netflix-fecha-acordo-de-interconexao-com-a-verizon-para-melhorar-seu-servico/>>. Acesso em: 30 abr. 2014.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebenneischler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0985391-87.2009.8.13.0439. Julgamento: 12.02.2009. 13ª Câmara Cível. Relatora: Des. Cláudia Maia. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 10 mar. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 1.0105.02.069961-4/001. Julgamento: 18.11.2008. Relator: Des. Elpídio Donizetti. Disponível em: <<http://www.tjmg.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión (2009). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/marco%20juridico%20interamericano%20del%20derecho%20a%20la%20libertad%20de%20expresion%20esp%20final%20portada.doc.pdf>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet (2011). Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artid=849&lid=2>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Relatoria Especial para la Libertad de Expresión. Libertad de Expresión y Internet (2013). Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/2014_04_08_Internet_web.pdf>. Acesso em: 16 set. 2014.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 130075-8. Julgamento: 19.11.2002, 5ª Câmara Cível. Relator: Des. Antônio Gomes da Silva. Disponível em: <<http://www.tjpr.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 0120417-12.2005.8.26.0000. Julgamento: 22.03.2007. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Salles Rossi. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>>. Acesso em: 16 set. 2014.

_____. Comarca de Franca (SP). Processo nº 196.01.2006.028424-6. 2ª Vara Cível. Julgamento: 21.02.2008. Juiz: Orlando Brossi Jr. Disponível em: <<http://www.ibdi.org.br/site/jurisprudencia.php?id=21>>. Acesso em: 16 set. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de outubro de 1995, relativa à protecção 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/lexuriserv/lexuriserv.do?uri=celex:31995l0046:pt:html>>. Acesso em: 16 set. 2014.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression - A/HRC/17/27, p. 6-7 (2011). Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/undoc/gen/g11/132/01/pdf/g1113201.pdf?openelement>>. Acesso em: 16 set. 2014.

DECISÃO MONOCRÁTICA E AGRAVO INTERNO NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL: UMA ANÁLISE EMPÍRICA¹

MONOCRATIC DECISION AND APPEAL AT THE RIO GRANDE DO SUL STATE COURT: AN EMPIRICAL ANALYSIS

Leslie Shéri da Ferraz²

Professora da PUC-Rio e do Mestrado Acadêmico em Direitos Humanos da UNIT

RESUMO: Este trabalho apresenta e analisa os resultados de pesquisa empírica realizada no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, destinada a aferir a eficácia das reformas ao art. 557 do Código de Processo Civil, que ampliaram os poderes do Relator para julgar monocraticamente os recursos, ressaltando a possibilidade de revisão da decisão singular pelo colegiado, por meio da interposição de agravo interno.

PALAVRAS-CHAVE: Pesquisa empírica; processo civil; decisão monocrática; agravo interno.

ABSTRACT: *The present study shows and analyzes the results of an empirical research developed at the Rio Grande do Sul State Court, concerning the efficacy of the reforms in the procedural legislation (article 557 of Brazilian Civil Procedure Code). This amendment has increased the powers of the judge to grant or deny an appeal by a*

¹ Este artigo foi extraído do relatório da pesquisa intitulada “Efetividade das reformas processuais: decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Uma análise empírica” (Leslie Shéri da Ferraz, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012). Fica registrada a necessidade de atualização dos dados, mas, de qualquer forma, o estudo engloba um período importante (2003 a 2010) e explicita a tendência apresentada em um período de aproximadamente sete anos no TJRS.

² Bacharel, Mestre e Doutora em Direito Processual pela USP. Visiting Scholar na Università degli Studi di Firenze/Itália e Fordham University, Nova Iorque/EUA. Desde 2003, realiza pesquisas empíricas sobre a Justiça, tendo desenvolvido, entre outras, pesquisas sobre decisão monocrática e agravos, Juizados Especiais, Justiça Itinerante, Execução Fiscal, Tutela Coletiva e Acesso à Justiça, com apoio de diversos Tribunais brasileiros, do Ministério da Justiça, do Ipea, da Fundação Ford e das Nações Unidas.

monocratic decision, although his decision is subject to be reviewed by the plenary body, in case of appeal.

KEYWORDS: *Empirical research; civil procedure; single-judge decision; appeal.*

SUMÁRIO: 1 Introdução: o crescimento gradual dos poderes decisórios do Relator; 2 Breves notas sobre a pesquisa; 3 Apresentação dos resultados da pesquisa; 4 Principais conclusões da pesquisa; Referências.

SUMMARY: *1 Introduction: the gradual growth of the judge's decision power; 2 Brief notes about the research; 3 Main results; 4 Main conclusions; References.*

1 INTRODUÇÃO: O CRESCIMENTO GRADUAL DOS PODERES DECISÓRIOS DO RELATOR

A pontado como um dos principais causadores da morosidade da Justiça, o sistema recursal brasileiro tem sido alvo de inúmeras alterações legislativas, como a implementação das súmulas vinculante e impeditiva de recursos, repercussão geral no recurso extraordinário, julgamento de recursos por amostragem, redução das hipóteses de cabimento dos embargos infringentes e, ainda, a tentativa frustrada de instituir como regra o regime de retenção do agravo.

Paralelamente às reformas nos institutos, também foram ampliados consideravelmente os *poderes* do Relator, que passou a ser competente para, em determinadas hipóteses, julgar o mérito dos recursos, dispensando-se o seu envio ao colegiado.

A concessão de maiores prerrogativas ao Relator foi realizada gradativamente. Na redação original do CPC, o art. 557 apenas autorizava o indeferimento³ de recursos de *agravo manifestamente improcedentes*. No mais, os poderes consistiam em relatar e preparar o recurso para a decisão coletiva, podendo convertê-lo em diligência, se insuficientemente instruído. Assim, em sua versão inicial, a monocrática restringia-se aos casos de *agravo de instrumento manifestamente improcedentes e inadmissíveis*, cabendo, contra esta decisão, *recurso inominado* para o colegiado⁴.

³ Na época, José Carlos Barbosa Moreira criticava a alusão ao poder do Relator de “indeferir” o recurso, quando o mais técnico seria dizer “negar seguimento” (*Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1995. p. 589-590).

⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.765/1998 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1999. p. 320-329.

Em 1995, a Lei nº 9.139 realizou a primeira alteração neste dispositivo, permitindo ao Relator *negar seguimento a qualquer recurso* (e não mais apenas ao recurso de agravo) manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à Súmula do respectivo Tribunal ou Tribunal Superior. O *recurso inominado* foi vertido em *agravo*, interposto no prazo de cinco dias.

Finalmente, a Lei nº 9.765, de 1998 – que novamente reformou o art. 557 do CPC –, além de manter as prerrogativas existentes, autorizou o Relator a *dar provimento a qualquer recurso*, nos casos em que a decisão recorrida estivesse em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (§ 1º-A). Ademais, alterou a redação do antigo parágrafo único (rebatizado como primeiro), inserindo a possibilidade de retratação do Relator e, ainda, a apresentação do processo *em mesa* para julgamento (substituindo o “pedido de dia” exigido na reforma anterior).

No atual sistema, portanto, o Relator é investido de poderes decisórios para julgar monocraticamente qualquer tipo de recurso (podendo dar-lhe ou negar-lhe provimento), nos casos previstos pelo art. 557, ao invés de enviá-lo à decisão colegiada. Por seu turno, a decisão monocrática pode ser atacada pelo *agravo interno*, no prazo de cinco dias, a ser julgado pela Câmara a quem originariamente competiria julgar o recurso⁵.

Seria lógico autorizar a decisão monocrática com o fito de reduzir o tempo de julgamento e a pauta dos órgãos colegiados para, em seguida, possibilitar um recurso à parte? Como afirma o Professor José Carlos Barbosa Moreira, isso depende da disposição das partes em recorrer: se o percentual de decisões singulares agravado for grande, a reforma foi incipiente; se, contudo, poucas forem as monocráticas revistas pelo colegiado, isso pode ser um sinal de que

⁵ No anteprojeto de Código de Processo Civil, ao dispor sobre as incumbências do Relator, o art. 853 dispôs: “III - negar seguimento a recurso inadmissível, prejudicado ou que afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos; IV - dar provimento ao recurso se a decisão recorrida afrontar: a) súmula do Supremo Tribunal Federal, de tribunal superior ou do próprio tribunal; b) decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ou por tribunal superior em julgamento de casos repetitivos; V - exercer outras atribuições estabelecidas nos regimentos internos dos tribunais. § 1º Da decisão proferida nos casos dos incisos III e IV caberá agravo interno, no prazo de quinze dias, ao órgão competente para o julgamento do recurso, e, se não houver retratação, o relator incluirá o recurso em pauta para julgamento. § 2º Quando manifestamente inadmissível o agravo interno, assim declarado em votação unânime, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor”.

a intenção do legislador foi alcançada⁶. Este é o objetivo principal deste artigo: avaliar a frequência de utilização das decisões monocráticas e os respectivos agravos internos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, fornecendo elementos para avaliar a pertinência da alteração legal nesta unidade federativa.

2 BREVES NOTAS SOBRE A PESQUISA

A pesquisa intitulada “Efetividade das reformas processuais: decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Uma análise empírica” integra a linha de pesquisa “Efetividade das reformas processuais”, projetada para responder a uma questão que, apesar de simples, segue sem resposta entre nós: As reformas da lei processual produzem os resultados esperados? Esta indagação assume especial importância em nosso sistema processual, que conta com uma nova codificação sendo gestada – segundo apurado, sem qualquer pesquisa empírica prévia para norteá-la.

Especificamente, a pesquisa foi projetada para aferir o impacto das Leis nº 9.139/1995 e nº 9.765/1998, que culminaram na ampliação dos poderes decisórios do Relator (art. 557, § 1º, do CPC), com a finalidade de minorar a carga de trabalho dos órgãos colegiados e reduzir o tempo de julgamento dos recursos⁷. Além de autorizar o julgamento monocrático em segundo grau, instituiu-se mais uma modalidade recursal em um sistema já saturado: o agravo interno. Como informado, o objetivo principal é quantificar a incidência de decisões monocráticas e o seu respectivo percentual de impugnação.

A pesquisa estatística, inicialmente realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, apontou uma tendência de crescimento no número de monocráticas em detrimento das decisões coletivas, sendo levadas ao colegiado em 35% dos casos⁸. Em uma etapa posterior, a pesquisa foi aplicada no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, lidando com dados empíricos fornecidos pela Presidência

⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Algumas inovações da Lei nº 9.765/1998 em matéria de recursos cíveis. In: NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1999. p. 320-329.

⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao código de processo civil*. (Artigos 476 a 565. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2008. p. 680.

⁸ FERRAZ, Leslie Shériida. *Decisão monocrática e agravo interno: celeridade ou entrave processual? A Justiça no Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, 2010. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/4143/Ferraz%20-%20Decis%C3%A3o%20monocr%C3%A1tica%20e%20agravo%20interno.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

desta Corte. Os dados coletados na pesquisa e as suas principais conclusões são apresentados neste artigo.

3 APRESENTAÇÃO DOS RESULTADOS DA PESQUISA

A exemplo do estudo anteriormente realizado no TJRJ, há especial enfoque nos recursos de apelação e agravo de instrumento da área cível – responsáveis, no TJRS, por metade de toda a movimentação processual.

O tratamento particularizado destas modalidades presta-se à aferição de eventuais diferenças no uso de decisões monocráticas e agravos internos em razão da natureza do recurso. Ademais, o detalhamento em relação aos agravos de instrumento e às apelações justifica-se pela possibilidade de realizar comparações entre as Cortes fluminense e gaúcha. As informações solicitadas ao TJRS tangem a:

- (i) Distribuição de recursos de agravo de instrumento⁹ e apelação;
- (ii) Proporção de decisões monocráticas e colegiadas em cada uma dessas modalidades recursais;
- (iii) Interposição de agravos internos¹⁰ contra decisões monocráticas proferidas pelo TJRS;
- (vi) Percentual de reforma da decisão em sede de agravo interno;
- (v) Imposição de multas e correlação com o refreamento recursal;
- (vi) Tempo médio de julgamento de decisões monocráticas e colegiadas, em cada uma das modalidades recursais.

3.1 DISTRIBUIÇÃO DE RECURSOS DE AGRAVO DE INSTRUMENTO E APELAÇÃO

Para ilustrar a participação dos recursos selecionados no TJRS, coletamos dados acerca de toda a sua movimentação, apresentados na Tabela 1 a seguir, que detalha o número de recursos de agravo de instrumento e de apelação interpostos no TJRS e a sua relação com o universo da distribuição:

⁹ Agravos de instrumento também serão referidos simplesmente como agravo no relatório. Os agravos retidos não são computados, em virtude de seu julgamento ocorrer preliminarmente à apelação.

¹⁰ Os agravos internos também serão designados, ao longo do texto, como regimentais.

Tabela 1:
Distribuição de recursos de agravo e apelação - TJRS (2003 a 2010)

Ano	Distribuição total ¹¹	Apelação (cível)		Agravo de instrumento (cível)		Apelação + agravo de instrumento (cível)	
		N	%	N	%	N	%
2003	236.942	75.356	31,8	47.859	20,2	123.215	52,0
2004	291.159	87.974	30,2	58.201	20,0	146.170	50,2
2005	342.916	113.536	33,1	61.745	18,0	175.275	51,1
2006	461.428	175.805	38,1	59.158	12,8	234.953	50,9
2007	483.779	171.335	35,4	73.953	15,3	245.278	50,7
2008	577.056	172.055	29,8	124.525	21,6	296.576	51,4
2009	645.518	182.778	28,3	143.968	22,3	326.740	50,6
2010*	447.735	138.712	31,0	82.058	18,3	220.768	49,3

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

A pesquisa indica que os recursos de apelação e agravo na esfera cível representam cerca de metade de toda a movimentação do TJRS – incluindo os recursos e as ações originárias em sede criminal. No comparativo entre as duas modalidades recursais, as apelações superam, em todo o período analisado, os agravos.

Apesar de a participação das apelações cíveis no acervo ter variado no período pesquisado (de 29,8 a 38,1%), esta modalidade recursal corresponde a cerca de 1/3 da movimentação do TJRS, atingindo, em 2006, o pico de quase 40% de sua carga de trabalho.

Da mesma forma, a proporção dos agravos de instrumento no acervo do Tribunal também variou (entre 12,8 e 22,3%), respondendo, na média, por cerca de 20% dos recursos julgados pelo TJRS. Considerados conjuntamente, os recursos de apelação e agravos de instrumento na esfera cível correspondem a cerca de 50% de toda a demanda do Tribunal de Justiça gaúcho.

3.2 DECISÕES MONOCRÁTICAS X DECISÕES COLEGIADAS

A monocrática tem sido utilizada pelos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul? Em caso positivo, com que frequência? Há tendência de crescimento ou queda neste tipo de decisão? Há mais decisões monocráticas ou colegiadas no TJRS? Existem diferenças significativas na aplicação do art. 557

¹¹ A distribuição total refere-se a todos os recursos e ações de competência originária do Tribunal distribuídos no período. Note que estas informações, prestadas pelo Departamento de Informática do TJRS, diferem dos dados divulgados pelo CNJ.

do CPC em razão da natureza do recurso (agravo ou apelação)? As respostas a estas indagações são apresentadas a seguir.

3.2.1 Julgamentos em geral

A Tabela 2 apresenta e compara os dados relativos a decisões monocráticas (decisões) e colegiadas (acórdãos) no TJRS nos período de 2003 a 2010, em todas as Câmaras Cíveis, incluindo as Câmaras Especiais.

Tabela 2:
Decisões e acórdãos – TJRS (2003 a 2010)

Ano	Julgamentos em apelação e agravo			
	Decisões	%	Acórdãos	%
2003	24.121	22,4	83.392	77,6
2004	40.713	29,8	95.956	70,2
2005	54.411	32,2	114.765	67,8
2006	62.095	27,2	166.161	72,8
2007	69.394	29,1	169.369	70,9
2008	106.658	37,6	177.321	62,4
2009	111.035	37,4	186.074	62,6
2010*	55.523	48,3	59.536	51,7

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

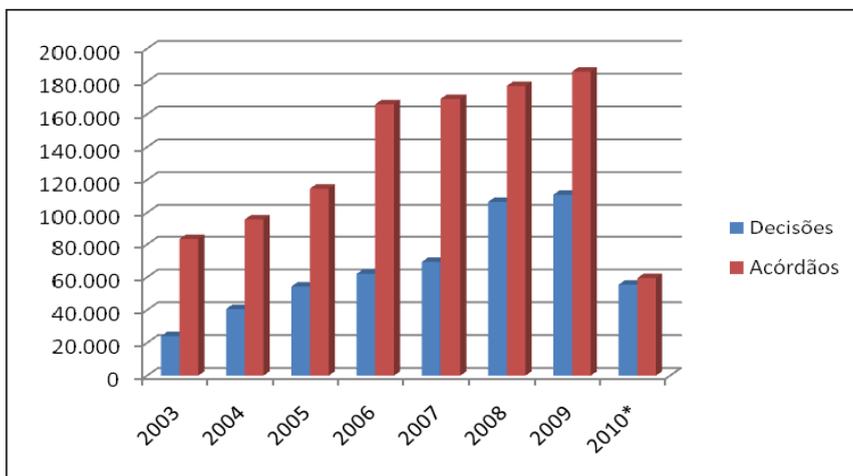
Os dados demonstram que o TJRS profere mais acórdãos (51,7%) do que julgamentos monocráticos (48,3%). Contudo, é preciso destacar a surpreendente tendência de crescimento das decisões singulares em detrimento das colegiadas, que praticamente equipara as duas modalidades decisórias no último período pesquisado. O número de julgados monocráticos cresceu 360%, passando de 24.121 decisões, em 2003, para 111.035, em 2009. No mesmo período, o número de acórdãos aumentou 123% (de 83.392 para 186.074). Isso significa que as decisões singulares sofreram um incremento muito mais acentuado do que os julgamentos colegiados.

Se considerarmos que a distribuição de apelações e agravos sofreu um aumento de 165% (de 123.215, em 2003, para 326.740, em 2009, conforme apresentado na Tabela 1), veremos que a produção de acórdãos ficou abaixo do aumento das atividades da Corte gaúcha, enquanto as decisões monocráticas apresentaram um crescimento *real*.

Como anotado, no ano de 2010 percebe-se uma equiparação entre os julgados monocráticos e acórdãos: até o mês de julho, já haviam sido proferidas 55.523 decisões pelos Relatores. No mesmo período, o número de julgamentos colegiados foi de 59.536 – apenas 7% superior às singulares.

O Gráfico 1, *infra*, permite visualizar com clareza a tendência de crescimento das monocráticas e a equiparação entre as decisões singulares e colegiadas ocorrida no ano de 2010. Anote-se que esta mesma tendência foi observada na pesquisa realizada no Estado do Rio de Janeiro, mas em menor proporção: na Corte fluminense, os julgados de autoria do Relator aumentaram 241% entre 2003 e 2008¹², contra 342% observados no TJRS no mesmo período. Em 2008, último período analisado no TJRJ, as monocráticas representavam 39,7% dos julgados, contra 60,3% dos acórdãos – números bastante similares aos do TJRS (62,4% de decisões colegiadas e 37,6% de julgamentos singulares)¹³.

Gráfico 1:
Decisões monocráticas x acórdãos – TJRS, esfera cível (2003 a 2010)



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

3.2.2 Agravo de instrumento

Uma vez analisados os dados de forma agregada, é importante aferir se há correlação entre o uso de decisões monocráticas e a natureza do recurso. No tocante aos agravos de instrumento, as informações estão reproduzidas na Tabela 3:

¹² Na pesquisa do TJRJ, o período pesquisado abrange os anos de 2003 a 2008, o que justifica a limitação do comparativo a este período.

¹³ FERRAZ, Leslie S. *Decisão monocrática...*, cit., p. 48.

Tabela 3:
Decisões e acórdãos - agravo de instrumento - TJRS

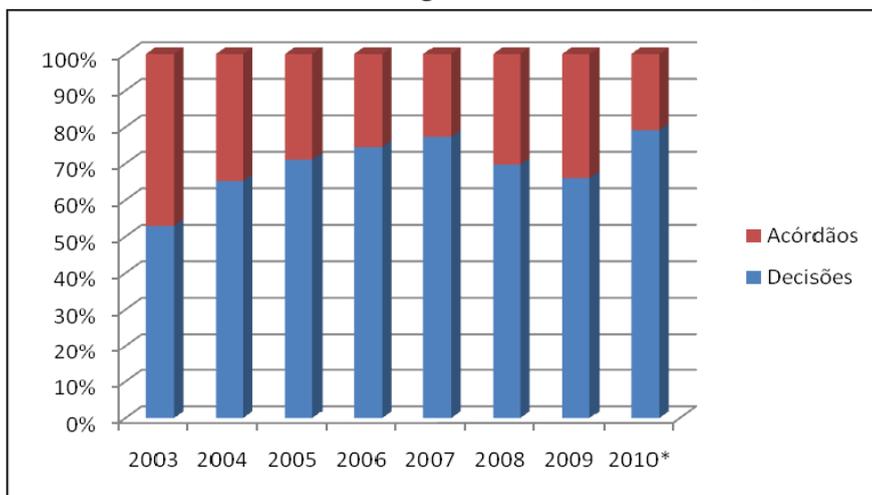
Ano	Agravo de instrumento			
	Decisões	%	Acórdãos	%
2003	20.500	52,9	18.239	47,1
2004	33.576	65,2	17.954	34,8
2005	41.339	71,0	16.864	29,0
2006	41.227	74,5	14.114	25,5
2007	54.549	77,3	16.018	22,7
2008	83.639	69,7	36.379	30,3
2009	91.513	66,0	47.168	34,0
2010*	47.010	79,1	12.451	20,9

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

Em sede de agravo de instrumento, as decisões monocráticas superam, em todo o período pesquisado, as colegiadas – sempre apresentando uma tendência de aumento. Além do destaque para 2007, em que 77,3% dos julgados foram unitários, afere-se, no ano de 2010, a impressionante marca de 79,1% de agravos de instrumentos decididos exclusivamente pelo Relator.

Gráfico 2:
Decisões e acórdãos em agravo de instrumento - TJRS



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

Seguindo a mesma tendência apresentada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro¹⁴, a Corte gaúcha apresenta uma predominância de julgamentos monocráticos em sede de agravo de instrumento. Contudo, o uso das singulares é maior no Tribunal do Sul: em 2008, o TJRS apresentou uma taxa de 69,7% em sede de agravo de instrumento, contra 53,8% do TJRJ.

Os números corroboram as informações coletadas nas entrevistas com Desembargadores de ambas as Cortes, que afirmam fazer ampla utilização do art. 557 do CPC, em sede de agravo de instrumento. Segundo eles, o recurso versa sobre questão interlocutória, o que legitimaria, em seu entender, o julgamento unitário.

3.2.3 Apelação

Para verificar se a utilização da decisão monocrática apresenta um comportamento diverso em razão da modalidade recursal, a Tabela 4 cuida da proporção de decisões e acórdãos em sede de apelação.

Tabela 4:
Decisões e acórdãos – apelação – TJRS

Ano	Apelação			
	Decisões	%	Acórdãos	%
2003	3.621	5,3	65.153	94,7
2004	7.137	8,4	78.002	91,6
2005	13.072	11,8	97.901	88,2
2006	20.868	12,1	152.047	87,9
2007	14.845	8,8	153.351	91,2
2008	23.019	14,0	140.942	86,0
2009	19.522	12,3	138.906	87,7
2010*	8.513	15,3	47.085	84,7

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

Diversamente do recurso de agravo de instrumento, em sede de apelação, prevalecem decisões colegiadas: há expressiva superioridade dos acórdãos nesta modalidade recursal, superando a casa dos 90% em 2003, 2004 e 2007.

Ainda assim, com exceção do ano de 2007, ocorre um incremento na proporção de monocráticas no período pesquisado – de 5,3%, em 2003, para

¹⁴ Idem, p. 49-54.

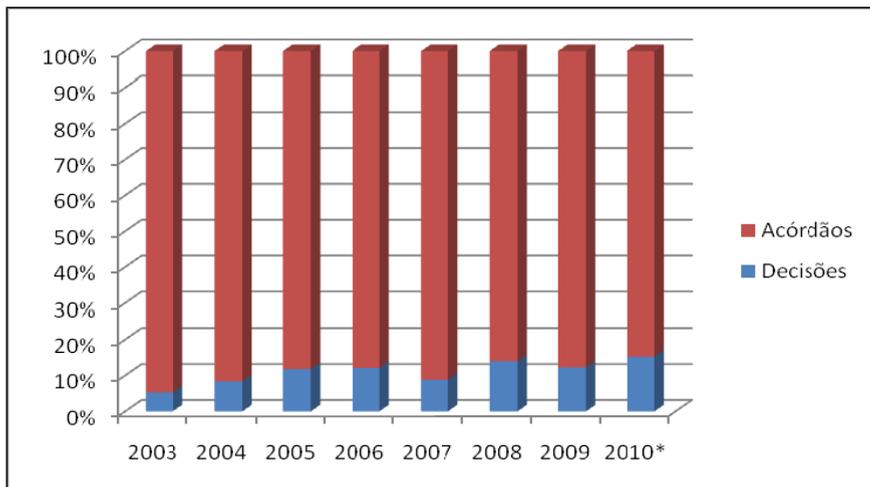
15,3%, em 2010, como pode ser visualizado no Gráfico 3, a seguir. Esse fato também foi constatado na pesquisa realizada na Corte fluminense – mas em maior proporção. Com efeito, no Rio de Janeiro, em 2008, cerca de 30% das apelações eram julgadas monocraticamente – contra apenas 14% no Rio Grande do Sul.

Naquele Estado, os Desembargadores entrevistados reconheceram aplicar o art. 557 do CPC, com mais rigor em apelação, já que esta modalidade encerra a controvérsia. No Rio Grande do Sul, as entrevistas realizadas com Desembargadores também revelaram que a decisão monocrática é mais amplamente utilizada em sede de agravo de instrumento, requerendo maior parcimônia nos casos de apelação – o que foi confirmado pelos dados coletados. No cotejamento dos dados colhidos nas Cortes gaúcha e fluminense, nota-se que, a despeito de a proporção de decisões monocráticas ser semelhante, a sua distribuição por tipo de recurso é diversa.

Com efeito, em 2008, o TJRS proferiu 37,6% de monocráticas e o TJRJ, 39,7%. Contudo, enquanto o TJRS produziu 69,7% julgados unitários em sede de agravo, o TJRJ solucionou singularmente 53,8% dos seus agravos.

Em contrapartida, o TJRJ produziu 31,5% decisões monocráticas em sede de apelação, contra 14% do TJRS. Assim, o comparativo entre as Cortes aponta que os Desembargadores gaúchos são mais rigorosos em utilizar o art. 557 do CPC em sede de apelação.

Gráfico 3:
Decisões e acórdãos em sede de apelação - TJRS (2003 a 2010)



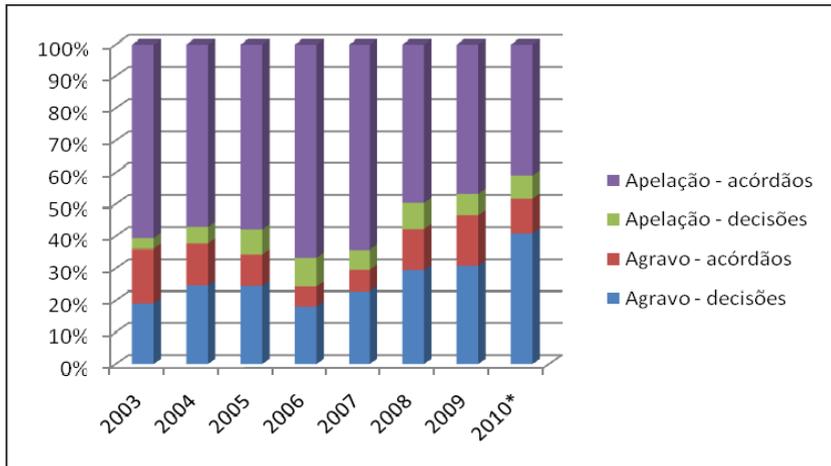
Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

O Gráfico 4, a seguir, agrega as informações sobre decisões e acórdãos em sede de agravo e apelação, para estabelecer um comparativo genérico por recurso. Em todos os anos pesquisados, predominam, no TJRS, as decisões colegiadas em sede de apelação. É importante anotar que, no último período analisado (janeiro a julho de 2010), o número de apelações decididas coletivamente igualou-se ao número de monocráticas em agravo de instrumento.

Pelo gráfico, também é possível observar com clareza que o julgamento de recursos no TJRS obedece a duas lógicas distintas: em sede de agravo de instrumento, prevalecem as monocráticas, enquanto, em sede de apelação, imperam os acórdãos.

Gráfico 4:
Acórdãos e decisões no TJRS - agravo x apelação



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

3.2.4 Decisões monocráticas por Câmara julgadora

3.2.4.1 Agravo de instrumento

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentou dados detalhados das suas 25 Câmaras Cíveis (incluindo as 3 Câmaras Especiais) no tocante às decisões monocráticas em sede de agravo de instrumento, que são reproduzidos integralmente no relatório da pesquisa¹⁵.

Embora, em razão da sua disparidade, não seja possível traçar um padrão de comportamento, pode-se afirmar que a maioria das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concentra-se em uma faixa que oscila entre 1.000 e 2.000 julgados anuais, com picos nos últimos anos pesquisados¹⁶ – fenômeno que pode ser melhor observado no Gráfico 5, *infra*. O destaque fica por conta das 13^a e 14^a Câmaras Cíveis, com expressivo número de decisões proferidas singularmente – atingindo o pico de 13.978 e 14.084, respectivamente, no ano de 2009.

¹⁵ Para maior detalhamento dos dados, veja Ferraz, Leslie S. *Efetividade...*, cit., p. 41-42.

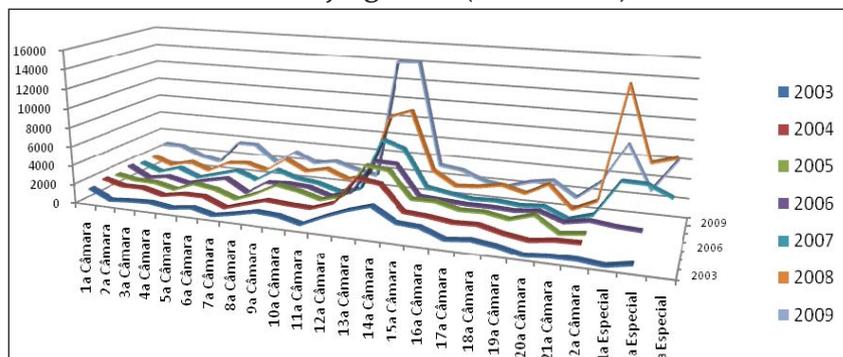
¹⁶ As médias de monocráticas em agravo são: 854 (2003); 1.526 (2004); 1.878 (2005); 1.717 (2006); 2.181 (2007); 3.345 (2008) e 3.660 (2009).

Nenhum Desembargador integrante destas Câmaras respondeu ao nosso questionário, o que nos impossibilita de justificar este desvio com base em informações dos seus julgadores. Contudo, é importante observar que se tratam das únicas Câmaras do Tribunal que cuidam de demandas relativas a consórcio, arrendamento mercantil, alienação fiduciária, reserva de domínio, usucapião e direito privado não especificado – várias das quais apresentam potencial de multiplicação.

Neste contexto, os Desembargadores do TJRS declararam que a natureza das matérias a serem apreciadas é um fator que os influencia a aplicar a monocrática com maior ou menor frequência, já que, naturalmente, temas repetitivos justificam o uso das decisões singulares¹⁷.

Também merece nota o importante volume de julgamentos unitários nas Câmaras Especiais Cíveis do TJRS a partir do ano de 2006 (com maior vigor nos anos seguintes), justamente quando passam a cuidar de demandas repetitivas, por força da Emenda Regimental nº 04, de 08.06.2006¹⁸.

Gráfico 5:
Decisão monocrática em agravo de instrumento – por
Câmara julgadora (2003 a 2009)¹⁹



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

¹⁷ Pode parecer óbvio, mas não é. Um Desembargador entrevistado no TJRJ confessou que “força” o uso do art. 557 do CPC em prol da celeridade processual, decidindo singularmente questões que ainda não estão propriamente sedimentadas pela Corte – mesmo em sede de apelação.

¹⁸ Art. 25 do Regimento Interno do TJRS: “Compete às Câmaras Especiais exercer jurisdição quanto a processos que envolvam matéria repetitiva, definida previamente, mediante critérios objetivos, pelo Órgão Especial” (Redação dada pela Emenda Regimental nº 4/2006).

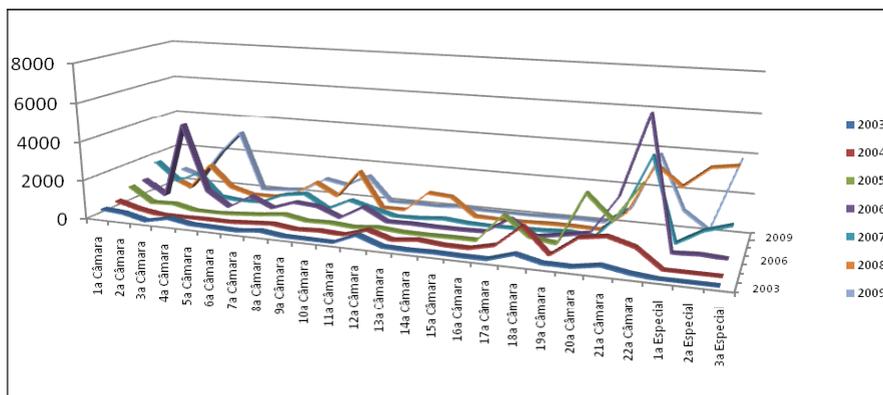
¹⁹ O ano de 2010 foi excluído do gráfico em razão de contemplar apenas os meses de janeiro a julho, impedindo o comparativo com os anos anteriores.

Esse comportamento revela que o TJRS parece estar fazendo uso adequado da decisão monocrática, concentrando a sua aplicação em questões já sedimentadas pela jurisprudência da Corte, conforme preceituado pelo art. 557 do CPC.

3.2.4.2 Apelação

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também detalhou dados referentes a decisões monocráticas em sede de apelação²⁰. Conforme apontado anteriormente, o TJRS, a exemplo do TJRJ, é muito mais criterioso na aplicação do art. 557 do CPC, em se tratando de recurso de apelação. Do mesmo modo que no agravo de instrumento, não é possível detectar um comportamento uniforme nas Câmaras, que apresentam resultados inconstantes em relação ao uso da monocrática. O Gráfico 6, a seguir, compara os dados de todas as Câmaras no período de 2003 a 2009, no tocante a recursos de apelação:

Gráfico 6:
Decisão monocrática em apelação - por Câmara julgadora (2003 a 2009)²¹



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

²⁰ Para maior detalhamento dos dados, veja FERRAZ, Leslie S. *Efetividade...*, cit., p. 45-46.

²¹ O ano de 2010 foi excluído do gráfico em razão de contemplar apenas os meses de janeiro a julho, impedindo o comparativo com os anos anteriores.

Merecem destaque a 5ª (sempre com índices baixíssimos)²², a 11ª²³ e a 16ª²⁴ Câmaras, que, com exceção de 2006, também apresentam raríssimas decisões singulares em apelação. Quanto ao uso intenso da monocrática, podem ser destacadas a 1ª, 21ª e 22ª Câmaras, além das Especiais – competentes para o julgamento de demandas repetitivas.

No tocante às Câmaras Cíveis, é curioso perceber que os órgãos que mais produziram monocráticas em apelação cuidam da mesma matéria: demandas de natureza tributária e fiscal, previdência pública, licitação e contratos administrativos (com exceção ao fornecimento de água e energia) e direito público não especificado. Tais matérias, naturalmente, envolvem temas repetitivos, o que justifica a ampla utilização do julgado singular, em consonância ao dispositivo legal.

A exceção fica por conta da 2ª Câmara Cível, que – apesar de contar com a mesma competência das supramencionadas – não produziu importante volume de monocráticas no período. De sua sorte, a edição do Provimento nº 4/2006 não parece ter produzido efeitos imediatos no tocante à apelação, já que as Câmaras Especializadas emitiram poucos julgados singulares naquele ano. Contudo, em relação aos períodos anteriores, o aumento pode ser considerado expressivo, com destaque para a 2ª Câmara Especial, que não havia proferido nenhuma decisão em 2005 e emitiu 90 monocráticas em 2006.

Em 2007, as Câmaras Especiais parecem sentir a influência do Provimento nº 4/2006: o volume de monocráticas aumenta consideravelmente. Em 2008, atinge o seu ápice em decisões singulares. Por fim, no ano de 2009, as Câmaras Especiais veem os seus índices decrescerem, sobretudo a 2ª, que, para se ter uma ideia, passou de 3.604 para apenas 133 monocráticas.

3.2.4.3 Agravo de instrumento x apelação

Após analisar individualmente o comportamento das monocráticas em agravo de instrumento e apelação em cada uma das Câmaras julgadoras, é

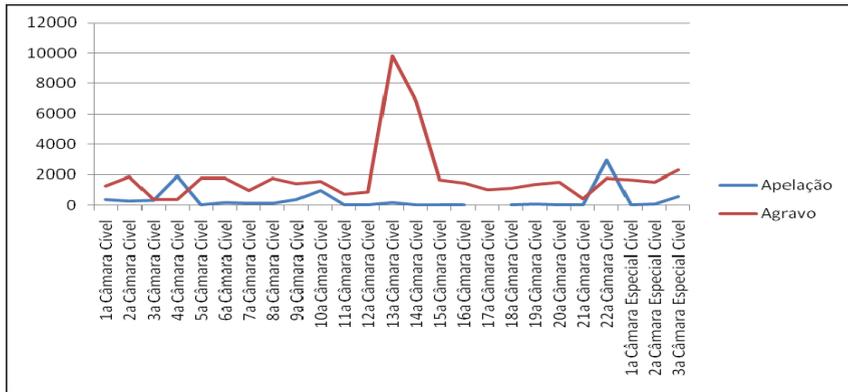
²² Competência: Dissolução e liquidação de sociedade; falências e concordatas; ensino particular; registros das pessoas jurídicas e de títulos e documentos; previdência privada; seguros; responsabilidade civil; direito privado não especificado.

²³ Competência: Transporte; responsabilidade civil em acidente de trânsito; negócios jurídicos bancários; direito privado não especificado.

²⁴ Competência: Locação; honorários de profissionais liberais; corretagem; mandatos; representação comercial; comissão mercantil; gestão de negócios; depósito mercantil; negócios jurídicos bancários; direito privado não especificado.

importante também comparar os dois tipos de recursos em função dos órgãos julgadores. Para tanto, o Gráfico 7 apresenta, isoladamente, os dados referentes ao período mais recente disponibilizado pelo TJRS (janeiro a julho de 2010), relativos à apelação e ao agravo de instrumento:

Gráfico 7:
Decisões monocráticas em apelação e agravo de instrumento - por Câmara julgadora (2010)



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

Excetuando-se as 4ª e 22ª Câmaras²⁵ – com percentuais de julgamentos singulares que destoam do padrão, produzindo mais monocráticas em sede de apelação do que em agravo –, as Câmaras apresentam ínfima frequência de monocráticas em apelação no período analisado. Merece destaque a 17ª Câmara Cível, que, no período de janeiro a julho de 2010, não proferiu uma única decisão singular em sede de apelação.

Os Desembargadores entrevistados justificaram este comportamento: (a) na questão em jogo (mérito da demanda); (b) no possível prejuízo à parte

²⁵ A competência da 4ª Câmara contempla (a) servidores públicos; (b) concursos públicos; (c) ensino público; (d) desapropriação e servidão decorrente de eletroduto; (e) direito público não especificado. Não há, contudo, como se estabelecer uma relação direta entre a matéria e a frequência da monocrática, uma vez que a 3ª Câmara possui a mesma competência em razão da matéria e o seu comportamento é diverso. O mesmo pode ser dito da 22ª Câmara, cuja competência – direito tributário, fiscal, previdenciário, público, licitações e contratos administrativos com exceção da água e energia elétrica e outros não especificados – é a mesma das 1ª, 2ª e 21ª Câmaras.

causado pelo julgamento em pauta; (c) pela supressão da sustentação oral, que seria cabível no processamento ordinário da apelação.

Diversamente dos julgadores do TJRJ, os Desembargadores gaúchos declararam ser muito cautelosos na aplicação da monocrática, fazendo uso da medida apenas em matérias repetidas e com julgamento sedimentado – o que foi, salvo algumas exceções, corroborado pelos dados coletados. Este fato parece explicitar que o TJRS vem aplicando a regra dentro dos parâmetros legalmente estabelecidos.

Os julgadores gaúchos também registraram receio em potencializar o número de recursos (agravo interno) em razão do julgamento singular. Com efeito, revelaram evitar o uso da decisão singular como estratégia para refrear o enorme volume de recursos dela decorrentes (embargos declaratórios contra a monocrática, agravo interno e embargos declaratórios contra o acórdão que decide o agravo interno)²⁶.

É curioso observar a existência de uma espécie de “espírito de time” nas Câmaras – fenômeno que também foi revelado na Corte fluminense. Com efeito, diversos Desembargadores relataram variar a frequência com que proferem monocrática em virtude da composição e da orientação de suas Câmaras²⁷.

3.3 INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO INTERNO

Conforme demonstrado no item anterior, o uso da decisão monocrática tem crescido de forma expressiva no TJRS nos últimos anos, praticamente se equiparando ao número de acórdãos produzidos. Contudo, o julgamento unitário pelo Relator enseja a interposição de agravo interno, a ser julgado pela Câmara originariamente competente para a análise do recurso. Por esta razão, é preciso quantificar o percentual de decisões agravadas internamente para aferir, nas palavras de Barbosa Moreira, “a eficácia prática da inovação”, condicionada pela “disposição que tenha(m) o(s) prejudicado(s) para aceitar sem reação uma derrota imposta por ato exclusivo do Relator”²⁸.

²⁶ Este depoimento foi prestado especificamente no tocante à 20ª Câmara Cível – cujos dados corroboram o relato: a 20ª Câmara, que chegou a proferir 2.881 decisões monocráticas em apelação em 2005, reduziu esta prática para 573 casos em 2006; 35, em 2007; 2, em 2008; 52, em 2009; e 52, no ano de 2010.

²⁷ É preciso registrar que, em decorrência do baixo grau de respostas ao questionário e/ou agendamento de entrevistas com os Desembargadores do Tribunal de Justiça, não há amostra representativa que autorize tecer conclusões generalizantes acerca dos comportamentos diferenciados das Câmaras apontadas.

²⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos, *Comentários...*, cit. (16 ed.), p. 680.

Com efeito, a aferição do número de agravos internos é crucial para se avaliar a pertinência da reforma: se este percentual for alto, pode-se afirmar que a solução legislativa não foi benéfica – já que criou mais um obstáculo na longa escalada recursal. De outra sorte, se os índices de agravo interno forem baixos, isso significa que – ao menos sob a ótica da celeridade e da redução do trabalho dos órgãos colegiados, *que são os objetivos do legislador* – a reforma atingiu os seus propósitos, uma vez que a demanda será solucionada de plano pelo Relator, sem a necessidade de submissão do recurso ao colegiado.

3.3.1 Agravo interno (dados gerais)

A Tabela 5 apresenta o número de decisões singulares e de agravos internos no TJRS no período de 2003 a 2010, sem distinguir a natureza do recurso (universo geral).

Tabela 5:
Decisão singular e agravo interno - TJRS

Ano	Decisão	Agravo interno	Total agravo interno (%)
2003	25.935	8.534	32,9
2004	43.038	12.665	29,4
2005	57.188	15.935	27,9
2006	67.287	16.195	24,1
2007	76.719	20.094	26,2
2008	115.596	35.416	30,6
2009	119.519	41.718	34,9
2010*	62.505	22.948	36,7

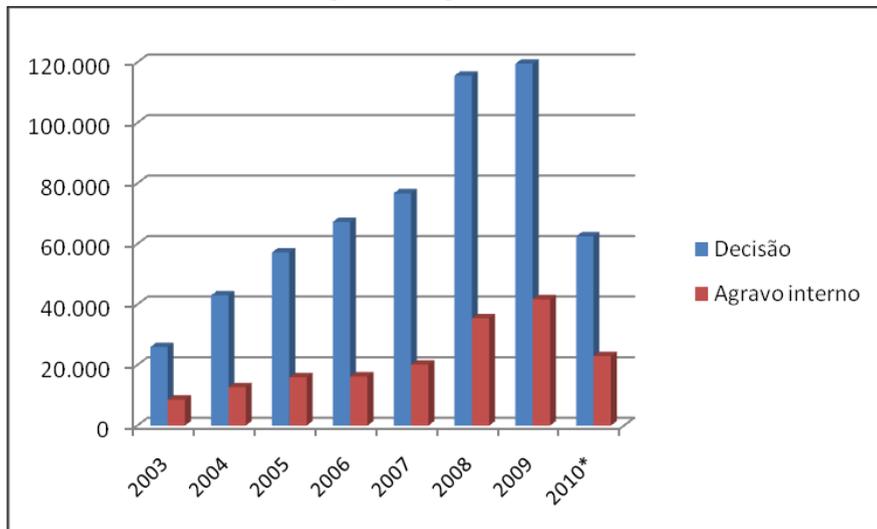
Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

Os dados apresentados pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul demonstram que o grau de impugnação das monocráticas variou, no período, entre 24,1 e 36,7%. Isso significa que, entre as decisões monocráticas, cerca de 1/3 sofre impugnação, enquanto cerca de 2/3 dos julgamentos proferidos pelo Relator tornam-se imutáveis. Vale dizer que, ao menos sob a ótica da eficiência, a reforma foi positiva, já que reduziu consideravelmente a pauta dos órgãos colegiados. Curiosamente, o índice de impugnação das decisões monocráticas no TJRS é muito próximo ao levantado no TJRJ, que apresentou, em 2008, 35,3% de agravos internos²⁹.

²⁹ *Decisão monocrática...*, cit., p. 54.

Gráfico 8:
Decisão singular e agravo interno - TJRS



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

* Até julho de 2010.

3.3.2 Agravo interno (detalhamento por modalidade recursal)

No questionário apresentado ao TJRS, foram solicitados dados acerca do percentual de agravo interno em razão da natureza do recurso (agravo ou apelação). Embora o sistema de informática do TJRS não possa fornecer os dados solicitados, a pesquisa anteriormente realizada aponta que – ao menos no Estado do Rio de Janeiro – não há diferenças significativas entre o percentual de agravos interpostos contra monocráticas em sede de agravo de instrumento ou de apelação, mantendo sempre a média de 35% em ambos os casos com pequenas variações³⁰.

No questionário apresentado ao TJRS, também foram solicitados dados acerca do resultado do julgamento do agravo interno (manutenção ou reversão da decisão monocrática proferida pelo relator). Embora o sistema de informática

³⁰ Idem, p. 60.

do TJRS não seja alimentado com esta informação, os Desembargadores entrevistados afirmaram que as chances de reversão de uma decisão monocrática em sede de agravo interno é praticamente nula, mínima, inferior a 1%³¹. Também não foi possível aferir a incidência da multa prevista no § 2º do art. 557 do CPC.

3.4 TEMPO MÉDIO DE JULGAMENTO

Neste item, serão apresentados os tempos médios de julgamento do TJRS de acordo com a natureza da decisão (monocrática ou colegiada) e do recurso (agravo e apelação). A intenção é comprovar a hipótese formulada pelo legislador, de que o julgamento singular é mais célere, e, ainda, tentar quantificar a diferença entre as duas modalidades recursais e decisórias no tangente ao prazo de conclusão.

Tabela 6:
Tempo médio de julgamento – singular x colegiada – TJRS

Ano	Apelação		Agravo de instrumento	
	Monocrática	Colegiada	Monocrática	Colegiada
2003	222	159	12	106
2004	100	134	11	105
2005	136	128	9	103
2006	69	120	7	103
2007	63	120	12	107
2008	83	116	14	109
2009	45	71	10	87
Média	103	121	11	103

Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

Os dados coligidos pelo TJRS comprovam a hipótese de que os julgamentos monocráticos são mais céleres: em 2009, uma apelação julgada singularmente demorava 45 dias, contra 71 dias nos casos de decisão colegiada. Em 2003 e 2005, contudo, esta regra foi excetuada: curiosamente, naqueles anos, o julgamento monocrático da apelação foi mais demorado do que o colegiado.

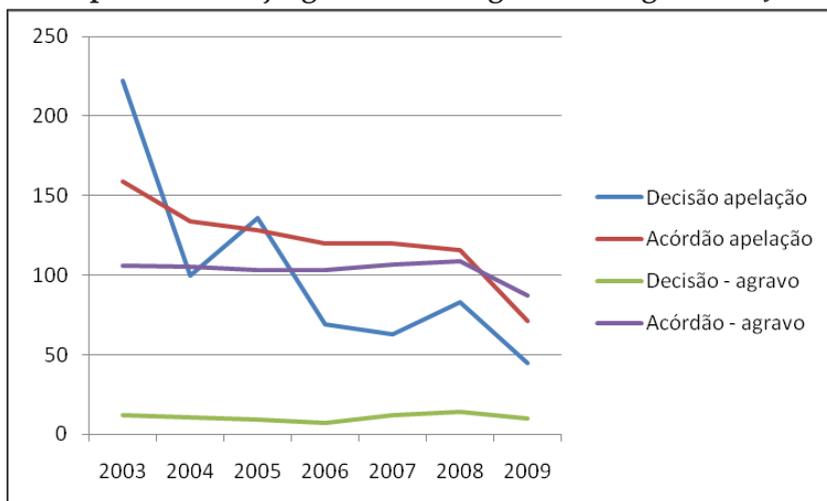
No caso dos agravos, a redução é constante e ainda mais significativa: em 2009, a monocrática levava apenas 10 dias para ser julgada, enquanto a produção de um acórdão durava, em média, 87 dias: quase nove vezes mais.

³¹ É oportuno ressaltar que a coincidência entre o Relator do agravo interno e o julgador monocrático é apontada como a grande responsável pela imutabilidade da decisão singular – o que é veementemente atacado pela melhor doutrina.

Com isso, conclui-se que o julgamento mais célere, entre as modalidades pesquisadas, é o agravo de instrumento decidido pelo Relator, que não passa, em todo o período analisado, de 14 dias (2008), chegando a levar apenas 7 dias para ser solucionado (2006), com média de apenas 11 dias.

O julgamento colegiado do agravo demora quase dez vezes mais do que o singular, levando, em média, 103 dias para ser decidido. De sua sorte, o julgamento mais demorado é a apelação colegiada, cuja média é de 121 dias.

Gráfico 9:
Tempo médio de julgamento - singular x colegiada - TJRS



Fonte: Elaboração própria, a partir de dados fornecidos pelo TJRS.

Considerando (1) que a maioria dos agravos de instrumento é julgada monocraticamente (79,1%) e (2) que as decisões proferidas pelo Relator em sede de agravo são as mais rápidas, levando, em média, 11 dias para serem julgadas, *pode-se afirmar que a alteração do art. 557 do CPC, ao autorizar o julgamento singular, contribuiu, entre outros fatores que não foram objeto deste estudo, para a redução do tempo de julgamento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.*

4 PRINCIPAIS CONCLUSÕES DA PESQUISA

- A decisão monocrática tem sido amplamente utilizada pelos Desembargadores do TJRS. Até julho de 2010, o TJRS havia proferido,

em sede de apelação e agravo de instrumento, 55.523 decisões singulares e 59.536 julgamentos colegiados, correspondendo, respectivamente, a 48,3% e 51,7% da produtividade da Corte.

- Embora ainda prevaleçam, no TJRS, os acórdãos em detrimento das decisões singulares, o crescimento das monocráticas é bastante expressivo e supera o incremento das decisões colegiadas.
- No período pesquisado, as monocráticas em apelação e agravo de instrumento cresceram 360% (de 24.000, em 2003, para 111.000, em 2009), contra um crescimento de 123% dos acórdãos (de 83.000 para 186.000).
- Como a distribuição apresentou um crescimento da ordem de 165%, infere-se que as monocráticas tiveram crescimento real de 195%, enquanto os acórdãos, na verdade, apresentam uma retração de 42%.
- No ano de 2010, praticamente ocorreu uma equiparação entre o número de decisões singulares (cerca de 55.000) e colegiadas (cerca de 59.000) na Corte gaúcha, com uma diferença de apenas 7%.
- A natureza do recurso interfere no uso da decisão singular: os Relatores usam mais amplamente a monocrática em agravo de instrumento do que em decisões colegiadas. No ano de 2010, essa modalidade de julgamento atinge a impressionante marca de 79%.
- Ao revés, em sede de apelação, o TJRS apresenta um maior rigor na aplicação do art. 557 do CPC: em todos os anos analisados, constata-se a predominância de acórdãos em sede de apelação. No ano de 2010, a proporção foi de 85% de colegiados contra 15% de decisões do Relator.
- Ainda assim, constata-se uma tendência de crescimento de decisões singulares também em sede de apelação, passando de pouco mais de 5%, em 2003, para cerca de 15%, em 2010.
- A despeito do amplo uso das monocráticas pelo TJRS, pode-se afirmar que os Desembargadores gaúchos têm feito utilização parcimoniosa da medida. A análise individualizada das Câmaras aponta maior aplicação do art. 557 do CPC pelas Câmaras que julgam matérias repetitivas, além de, como visto, um intenso rigor no julgamento de apelação.
- Alguns Desembargadores fazem pouco uso da monocrática por questões estratégicas, para evitar a potencial multiplicação de recursos decorrentes da decisão singular.

- A proporção entre agravos internos e monocráticas manteve-se estável no período em estudo, oscilando entre 32,9%, em 2003, e 36,7%, em 2010.
- Isso significa que cerca de 2/3 dos julgados singulares encerram a controvérsia, enquanto 1/3 são impugnados por agravo regimental.
- O TJRS não foi capaz de detalhar a interposição de agravos em sede de apelação e agravo de instrumento. O estudo realizado anteriormente no TJRJ, por seu turno, detectou que, ao menos na Corte fluminense, a natureza do recurso não interfere na interposição do agravo interno, que conta com índices bastante similares na apelação e no agravo de instrumento.
- O sistema de informática do TJRS não pode fornecer informações acerca do resultado do julgamento do agravo interno.
- O Tribunal também não foi capaz de informar o percentual de aplicação de multa por agravo interno manifestamente improcedente ou protelatório.
- *Recomenda-se que o TJRS passe a incluir informações sobre a aplicação de multa e resultado dos julgamentos dos agravos internos em seu sistema de informática para viabilizar estudos posteriores.*
- O julgamento mais rápido, entre as modalidades recursais pesquisadas, é a decisão singular em sede de agravo de instrumento, que leva, em média, 11 dias para ser proferida.
- De sua sorte, o julgamento mais demorado é a apelação em julgamento colegiado, que pode levar até 159 dias para ser concluído.
- A intenção do legislador – qual seja, de abreviar o tempo de julgamento dos recursos – foi atingida: ao menos no TJRS, pode-se afirmar que o uso de monocráticas é um dos fatores responsáveis pela redução no prazo decisório, a despeito do incremento constante da demanda.
- Vale registrar que a pesquisa precisa ser complementada com dados dos anos posteriores, de modo a permitir uma análise mais completa e atual do comportamento do TJRS em sede de monocráticas e agravos internos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, José Antônio. Ampliação dos poderes do relator e o agravo interno no CPC. *Consulex*, Brasília, v. VII, n. 165, p. 50-56, nov. 2003.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Novo agravo*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ASSIS, Araken de. Observações sobre o agravo no processo de execução. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 66, p. 149-159, mar. 1996.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A efetividade do processo de conhecimento. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 19, n. 74, p. 126-137, abr./jun. 1994.
- _____. Algumas inovações da Lei nº 9.756 em matéria de recursos cíveis. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/1998*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, 1999.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 1995.
- _____. *Comentários ao código de processo civil*. Artigos 476 a 565. 14 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, v. V, 2008.
- _____. Efetividade do processo e técnica processual. *Revista de Processo*, v. 20, n. 77, p. 168-176, jan./mar. 1995.
- _____. O futuro da justiça: alguns mitos. In: *Temas de direito processual*. 8. sér. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Congresso nacional. Senado federal. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. *Código de Processo Civil: Anteprojeto*. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. reimp. 2002. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Do recurso de agravo ante a Lei nº 11.187/2005. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10.
- _____. Poderes do relator e agravo interno – Artigos 557, 544 e 545 do CPC. *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 48, n. 274, p. 5-26, ago. 2000.
- CARTAXO, Azevedo Hamilton; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. A efetividade da prestação da tutela jurisdicional e a possibilidade de dispensa do relatório da sentença, em face do inciso LXXVIII, da CRFB. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 198-208, mar. 2008.

CIANCI, Mirna. A Lei nº 9.756/1998 (CPC, artigos 544, § 3º, e 557, §§ 1º a 3º) e a ampliação dos poderes do relator, dez anos depois. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 157, p. 165-181, mar. 2008.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. Relatórios Justiça em números 2003, 2004, 2005, 2006, 2007 e 2008. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: jun. 2014.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O relator, a jurisprudência e os recursos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JÚNIOR, Nelson (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei nº 9.756/1998*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

FERRAZ, Leslie Shérica. *Decisão monocrática e agravo interno: celeridade ou entrave processual? A Justiça no Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, Centro de Justiça e Sociedade, 2009.

_____. *Efetividade das reformas processuais: decisão monocrática e agravo interno no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Uma análise empírica*. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2012.

GRECO, Leonardo. A falência do sistema de recursos. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005.

_____. *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005;

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Os agravos no CPC brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JUDICIÁRIO INTERVENTIVO, ACESSO À JUSTIÇA E A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

INTERVENTIVE JUDICIARY, ACCESS TO JUSTICE AND JUDICIALIZATION OF SOCIAL RELATIONS

Marcelo Paulo Wacheleski¹

Doutorando em Direito pela Universidad de Buenos Aires

Clayton Gomes de Medeiros²

Mestrando em Direito pela UniBrasil, Curitiba/PR

RESUMO: O artigo se destina ao estudo da judicialização das relações sociais como resultado da ampliação do acesso à justiça para efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos. O objetivo geral da pesquisa é identificar a função dos Tribunais na atualidade no que se refere à judicialização das relações sociais e à constante institucionalização das relações privadas. As hipóteses construídas pelas teorias procedimentalistas e substancialistas apontam para a necessidade de delimitação e contenção do processo de intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais.

O fundamento teórico é baseado nas obras de Jürgen Habermas e Mauro Cappelletti. O método utilizado será o indutivo por meio da utilização de categorias jurídicas e pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Poder Judiciário; acesso à justiça; judicialização das relações sociais.

ABSTRACT: *The article is intended to study the judicialization of social relations as a result of increased access to justice for realization of constitutionally guaranteed rights. The overall objective of the research*

¹ Mestre em Ciência Jurídica pela Univali – Universidade do Vale do Itajaí, SC, Pós-Graduado em Filosofia do Direito pela PUCPR, Professor de Direito Constitucional e de Direito Administrativo da Fundação Universidade do Contestado, Campus Mafra, Santa Catarina, Brasil, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Cnpq “Jurisdição Constitucional e Administração Pública”.

² Professor de Direito Tributário e Ciência Política da Fundação Universidade do Contestado, Campus Mafra, Santa Catarina, Brasil, Pesquisador do Grupo de Pesquisa Cnpq “Jurisdição Constitucional e Administração Pública”.

is to identify the function of the courts at present regarding the legalization of social relations and the constant institutionalization of private relations. The hypotheses constructed by proceduralists and substantialists theories point to the need for demarcation and containment of intervention of the Judiciary in social relations process. The theoretical foundation is based on the works of Jürgen Habermas and Mauro Cappelletti. The method used is by using the inductive legal categories and literature.

KEYWORDS: *Judiciary; access to justice; judicialization of social relations.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 De uma justiça formal a uma justiça interventiva: a judicialização das relações sociais; 2 Acesso à Justiça: definição e alcance de seu conceito; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 In a formal fairness to an interventional justice: the judicialization of social relations; 2 Access to Justice: definition and scope of its concept; Final Thoughts; References.*

INTRODUÇÃO

Poucos fenômenos são tão perceptíveis nos últimos anos como a crescente ação interventiva do Estado nas relações sociais e políticas. A instituição do monopólio estatal como único caminho legitimado à solução de conflitos políticos e sociais propiciou um crescente aumento na judicialização de conflitos familiares e trabalhistas decorrentes da complexidade das relações das sociedades atuais.

A jurisdição civil deixou de ser estática e os juízes ganharam maiores poderes interventivos na condução do processo legitimados pelo próprio Texto Constitucional. A par dessas transformações surgiram novos atores sociais e judiciais representando os direitos coletivos relacionados ao meio ambiente, à criança e ao adolescente, entre outros direitos prioritários no Texto Constitucional.

Nesse contexto, divergem as teorias substancialistas³ e procedimentalistas⁴, que colocam aspectos distintos da relação judicial e estatal no Poder

³ “Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidencia, inclusive contra maioria eventuais, a vontade geral implícita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente.” (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(n) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 45)

⁴ “O paradigma procedimentalista pretende ultrapassar a oposição entre os paradigmas liberal/formal/burguês e o do Estado Social de Direito, utilizando-se, para tanto, da interpretação política e do direito

Judiciário. Trata-se da garantia formal e substancial de acesso ao Poder Judiciário como materialização da própria garantia de acesso à justiça.

O problema desta pesquisa pode ser colocado com a seguinte indagação: Encontra legitimidade constitucional e quais os limites da intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais?

O critério metodológico utilizado é o indutivo, partindo-se da identificação de um Texto Constitucional fortemente principiológico e político, com a verificável ampliação dos direitos individuais e coletivos assegurados, propiciando espaço para atuação interventiva do Poder Judiciário nas relações privadas. Subdividiu-se o trabalho em duas etapas distintas: na primeira, por meio da colocação do problema da judicialização das relações sociais e a crescente atuação do Poder Judiciário. No segundo momento, o trabalho analisa os desafios e as implicações do acesso à justiça como meio de efetivação dos direitos constitucionalmente garantidos, fato gerador da crescente intervenção do Poder Judiciário nas relações sociais.

A hipótese inicialmente sustentada aponta para um crescimento da atuação interventiva do Poder Judiciário nas relações sociais como decorrência da ampliação do acesso à justiça. A segunda hipótese é que o Estado, por meio do Poder Judiciário, atua em constante apropriação das relações privadas no âmbito social. Desse quadro, o estudo proposto, de forma descritiva e não prospectiva, apresenta um panorama geral quanto às dificuldades surgidas para o Poder Judiciário e a necessidade de oferecer respostas adequadas aos conflitos surgidos das relações sociais, garantindo a efetividade do acesso à justiça. O trabalho foi construído com base nas teorias de Jurgen Habermas, Mauro Cappelletti e Atoine Garapon, restrito naquilo que produziram a respeito da efetivação dos direitos pelo Poder Judiciário e a expansão da atuação dos juízes.

1 DE UMA JUSTIÇA FORMAL A UMA JUSTIÇA INTERVENTIVA: A JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

A expansão da força reguladora do Direito não tem alcançado somente a esfera prioritariamente concedida à política, mas vem cada vez mais se apropriando dos espaços notadamente privados do âmbito familiar, da educação e das relações econômicas, ou seja, áreas propriamente sociais.

à luz da teoria do discurso. Parte da idéia de que os sistemas jurídicos surgidos no final do século XX, nas democracias de massas dos Estados Sociais, denotam uma compreensão procedimentalista do Direito." (STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 41/42)

A ampliação se deu sob duas frentes distintas, porém conexas: a assunção de novos direitos decorrentes do Estado Providência/Welfare⁵ e também pelo surgimento de novos atores. Nas duas formas, admite-se maior atuação do Poder Judiciário em temas a que antes era chamado a se manifestar somente por exceção. Ao lado deste novo fenômeno, traz-se a constatação da incompetência democrática dos Poderes Executivo e Legislativo de oferecer respostas seguras à demanda social por justiça, o que exige a implementação de direitos assegurados formalmente na Constituição Federal de 1988. Como esclarece Vianna (*et al*):

A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias e da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.⁶

Outra resposta aceita para o processo de judicialização do social, que não exclui a primeira mas a complementa, é a prevalência dada nos sistemas constitucionais à agenda igualitária, que colocou no palco novos atores sociais – afrodescendentes, ambientalistas etc. –, que cobram maior regulação e normatização de seus direitos de forma a torná-los efetivos jurisdicionalmente.

Também as esferas familiares e do trabalho, áreas estritamente privadas, incorporaram características públicas exigindo maior intervenção do Poder Judiciário e da legislação. No contexto familiar, a legislação tem procurado se adaptar às fortes transformações da instituição que deixou o modelo tradicional, para admitir direitos à concubina, aos parceiros homossexuais, às famílias monoparentais, afetivas etc. No âmbito do direito do trabalho, a complexidade dos meios de produção gerados pelo capitalismo e pelo fenômeno da globalização exigiram maior proteção do trabalhador com aspectos antes desconhecidos, como a fadiga e as patologias mentais decorrentes do excesso de trabalho ou da atribulação da vida diária.

⁵ “Welfare State (Estado do Bem-Estar Social) representa um modelo de Estado que desenvolve políticas de bem-estar social, com significativa intervenção na economia e na sociedade. A social democracia é a base para a formação do Welfare State e as políticas keynesianas formam, por sua vez, a face econômica do mesmo Estado.” (RAMOS, Flávio. *É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias?* In: BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia e Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. Itajaí: Univali, 2005. p. 51)

⁶ VIANNA, Luiz Werneck (*et al.*). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 149.

Na realidade brasileira, a invasão do direito é resposta não só à substituição das instituições representativas da República pelo Poder Judiciário, mas à expressão da ampliação da igualdade em um ambiente que desconheceu as instituições da liberdade. “Neste sentido, o direito não é ‘substitutivo’ da República, dos partidos e do associativismo – ele apenas ocupa um vazio, pondo-se no lugar deles, e não necessariamente como solução permanente”⁷.

Essa permanente autonomia e expansão em relação à política é vista com preconceito pelas forças republicanas de soberania popular firmadas sob a regra da maioria. A própria absorção, pelo direito, de todos os aspectos da vida social como economia, família, escola e o mundo do trabalho, “[...] é apontada como responsável por uma patológica colonização do mundo da vida que se veria enredado na malha de um processo de juridicização, do que resultaria uma cidadania passiva composta de clientes da ação administrativa do Estado”⁸. Se por um lado a juridicização por meio do ativismo judicial, corrompe a própria soberania popular, em outro, corrói o próprio direito que perderia sua identidade, ao passo que haveria uma contínua dependência da sociedade fortalecendo o aspecto material e decaindo a dimensão formal que lhe é própria.

As contribuições mais lúcidas a respeito da atuação do Poder Judiciário nas sociedades contemporâneas são fornecidas pelos estudos da sociologia jurídica⁹, especialmente quando combinados seus resultados com a Filosofia, a Antropologia e a Ciência Política. No primeiro quartel do século XX, as visões normativista e substantivista do Direito prevaleceram sobre os estudos sociológicos, como bem apontado por Santos¹⁰, que se utiliza, no tema que se

⁷ VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 150.

⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo. *Revolução processual do direito e democracia progressiva*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002. p. 340.

⁹ “A sociologia do direito só se constituiu em ciência social, na acepção contemporânea do termo, isto é, em ramos especializados da sociologia geral, depois da segunda guerra mundial. Foi então que, mediante o uso de técnicas e métodos de investigação empírica e mediante a teorização própria feita sobre os resultados dessa investigação, a sociologia do direito verdadeiramente construiu sobre o direito um objecto teórico específico, autónomo, quer em relação à dogmática jurídica, quer em relação à filosofia do direito.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161)

¹⁰ “Uma das ilustrações mais significativas deste peso dos precursores consiste no privilegiamento, sobretudo no período inicial, de uma visão normativista do direito em detrimento de uma visão institucional e organizacional e, dentro daquela, no privilegiamento do direito substantivo em detrimento do direito processual, uma distinção ela própria vinculada a tradições teóricas importadas acriticamente pela sociologia do direito.” (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 161)

debate, a estruturação apresentada por Ehrlich, como: o direito vivo e a criação judiciária do direito.

A distinção construída por Ehrlich, e resgatada por Santos, entende por direito vivo a tradicional contraposição entre o direito oficialmente estatuído e formalmente vigente e a normatividade emergente das próprias relações sociais pela qual decorrem soluções para os conflitos sociais. A segunda distinção, e a mais importante para o nosso debate, revolve a clássica distinção entre a norma abstrata instituída pelo legislador e a normatividade resultante da decisão do juiz. Esse segundo momento, como apontado por Sousa,

[...] ao deslocar a questão da normatividade do direito dos enunciados abstractos da lei para as decisões particulares do juiz, criou as pré-condições teóricas da transição para uma nova visão sociológica centradas nas dimensões processuais, institucionais e organizacionais do direito.¹¹

Também dessa tradição da sociologia jurídica está a compreensão de Weber¹², que afirma o direito nas sociedades capitalistas como um monopólio estatal conduzido por critérios de racionalidade e por funcionários especializados segundo processos lógicos e burocráticos.

Weber concebe o Direito como aquilo que o legislador, democraticamente ou não, definiu segundo um processo institucionalizado. As ordens estatais modernas, nessa compreensão, são desdobramentos da dominação legal mantidas somente por uma crença na legalidade como legitimidade. Assim, não há qualquer vinculação entre Direito e moral, já que o Direito dispõe de uma racionalidade independente¹³.

A concretização material dos direitos pleiteada frente ao Estado social não tem coerência com a formulação de uma ordem jurídica racional e formal.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 163.

¹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 163.

¹³ “Isso significa que o direito moderno tem que legitimar o poder exercido conforme o direito, apoiando-se exclusivamente em qualidades formais próprias. E, para fundamentar essa ‘racionalidade’, não se pode apelar para a razão prática de Kant ou de Aristóteles.” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 193)

A racionalização do direito, nos estudos de Max Weber, contempla a racionalidade dos conceitos e práticas legais (o tipo e grau de racionalidade do direito, o caráter formal ou material dos procedimentos e critérios de decisão utilizados), em direção a um direito racional-formal.¹⁴

As necessidades de maior intervenção do Estado na realidade social são decorrentes da materialização do direito burguês no Estado social, e não são unicamente decorrências do crescimento das prescrições jurídicas nas sociedades complexas.

O Estado social atendeu aos reclamos por maior justiça e, com isso, partiu estrategicamente para conferir um sistema de compensações e regulamentações. A diferenciação objetiva das esferas jurídicas depende de forma convexa das estruturas técnico-jurídicas, e também de uma estrutura de associação política, fatores que influenciam no desenvolvimento formal do Direito.

Nesse ponto entra em debate a célebre distinção dos conceitos weberianos entre “formal” e “material”, aduzindo que a introdução desse último no ordenamento jurídico destrói sua racionalidade formal.

Weber comprova sua tese, utilizando principalmente exemplos do direito liberal privado, cuja função era garantir, através de leis públicas, abstratas e gerais, a vida, a liberdade e a propriedade e a propriedade dos sujeitos de direitos privados que celebram acordos.¹⁵

Em outro canto, buscando a materialização de direitos estão nas áreas do direito social, no direito do trabalho, do cartel e da sociedade.

A tendência de materialização do Direito é melhor compreendida quando contraposta à construção formal de seu conteúdo, o que, segundo Habermas, na teoria weberiana é justificada pelo trabalho acadêmico de dogmáticos do Direito. Os três aspectos destacados por Habermas¹⁶ para um direito formal são:

¹⁴ MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais. Produção Científica CEJURPS, 2006/Universidade do Vale do Itajaí - Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006. p. 33.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 195.

¹⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 195/196.

Em primeiro lugar, a estruturação sistemática de um *corpus* de proposições jurídicas claramente analisadas coloca as normas vigentes numa ordem visível e controlável. Em segundo lugar, a forma da lei abstrata e geral, não configurada para contextos particulares especiais, nem dirigida a destinatários determinados, confere ao sistema de direitos uma estrutura uniforme. E, em terceiro lugar, a vinculação da justiça e da administração à lei garante uma implementação confiável dessas leis.

Com esse compasso, a juridicização provocada pelo Estado social suprime a distinção entre direito público e privado, e não esfacela a unidade do direito, inclusive quanto à compreensão da hierarquia normativa. O ponto de inflexão é que um sistema legal de objetivos e programas finalísticos elastecem a clara distinção que existia entre a lei e a administração da justiça, e ainda introduz no ordenamento legal preocupações exteriores de ordem política e moral que não podem ser previstas facilmente¹⁷.

São essas críticas que fazem Weber colocar o Direito na sua compreensão unicamente formal, entendendo a materialização de direitos advindos do Estado social como uma juridicização que leva o Poder Judiciário a navegar em áreas que não lhe pertencem. Necessário, nessa altura, definir qual a compreensão de Weber sobre racionalidade, o que, para Habermas¹⁸, pode ser tomado em três aspectos:

Em primeiro lugar, ele parte de um conceito amplo de técnica, que inclui o sentido de técnica de oração, de pintura, de educação, etc., a fim de mostrar que aquilo que em geral segue uma regra é importante para uma certa racionalidade do agir. Padrões de comportamento confiavelmente reproduzíveis podem ser previstos. E,

¹⁷ “Nesta medida é possível falar, em sentido descritivo, de uma ‘materialização’ do direito. Para atribuir a esta expressão um sentido crítico, Max Weber estabeleceu duas relações esclarecedoras: a) a racionalidade do direito está fundamentada nas suas qualidades formais; b) a materialização configura uma moralização do direito, isto é, a introdução de pontos de vista da justiça material no direito positivo. Disso resultou a afirmação crítica, segundo a qual, o estabelecimento de um nexó interno entre direito e moral destrói a racionalidade que habita o *medium* do direito enquanto tal”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 197)

¹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 197/198.

quando se trata de regras técnicas e perfectíveis da dominação da natureza e do material, a *racionalidade geral de regras* assume o significado mais estrito de racionalidade instrumental. *Em segundo lugar*, Weber fala em *racionalidade de fins*, quando não se trata mais de aplicação regulada de meios, mas de seleção de fins, tendo em vista valores dados preliminarmente. [...] *Em terceiro lugar*, Weber também considera racionais os resultados do trabalho intelectual de especialistas, os quais enfrentam analiticamente os sistemas simbólicos tradicionais [...]. Tais realizações doutrinárias são expressão de um pensamento científico-metódico, que tornam o saber ensinável mais complexo e específico.

Tomando em conta a racionalidade das regras e da construção de um sistema jurídico lógico-formal, tem-se um direito moralmente neutro, basicamente orientado pela aplicação de regras e comportamentos, criando um modelo matemático de ações e consequências jurídicas. Como define o próprio Weber¹⁹:

O trabalho jurídico atual, pelo menos naquilo com que alcançou o mais alto grau de racionalidade lógico-metódica, isto é, a forma criada pela jurisprudência do direito comum, parte dos seguintes postulados: 1) que toda decisão jurídica concreta seja a “aplicação” de uma disposição jurídica abstrata a uma “constelação de fatos” concreta; 2) que para toda constelação de fatos concreta deva ser possível encontrar, com os meios da lógica jurídica, uma decisão a partir das vigentes disposições jurídicas abstratas; 3) que, portanto, o direito objetivo vigente deva constituir um sistema “sem lacunas” de disposições jurídicas ou conter tal sistema em estado latente, ou pelo menos ser tratado como tal par aos fins da aplicação do direito; 4) que aquilo que, do ponto de vista jurídico, não pode ser “construído” de modo racional também não seja relevante para o direito; 5) que a ação social das pessoas seja sempre interpretada

¹⁹ WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 1996, p. 13.

como “aplicação” ou “execução” ou, ao contrário, como “infração” de disposições jurídica [...] isto porque, de modo correspondente à ausência de lacunas no sistema jurídico, também a “situação jurídica ordenada” seria uma categoria básica de todo acontecer social.

Com o processo de judicialização típico do Estado social, esses aspectos formais do Direito são prejudicados e o legislador passa a soterrar a estrutura social com um emaranhado de normas reguladoras e compensadoras que abrem um espaço amplo de decisão do Poder Judiciário. “Os Tribunais têm que trabalhar com cláusulas gerais e, ao mesmo tempo, fazer jus ao maior grau de variação de contextos, bem como à maior interdependência de proposições jurídicas subordinadas”²⁰.

Um panorama sobre a construção teórica da sociologia jurídica demonstra, segundo Santos²¹, como, mesmo de forma diversificada, todas essas nuances ocorridas no século XX privilegiaram a vertente normativista e substantivista na análise das célebres dicotomias entre o direito vigente e o direito eficaz, ou na capacidade de contribuição do direito na transformação e desenvolvimento socioeconômico das sociedades tradicionais, esquecendo da importância das questões processuais, institucionais e organizacionais.

Essa conjuntura somente se alterou a partir do início da década de 60, especialmente por três fatores apontados por Santos²²:

Em primeiro lugar, o desenvolvimento da sociologia das organizações, um ramo da sociologia que tem em Weber um dos principais inspiradores, dedicado em geral ao estudo dos agrupamentos sociais criados de modo mais ou menos deliberado para a obtenção de um fim específico [...]. A segunda condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da ciência política e pelo interesse que esta revelou pelos tribunais enquanto instância de decisão e de poder políticos. [...] A terceira condição teórica é constituída pelo desenvolvimento da antropologia do direito ou da etnologia jurídica.

²⁰ MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. *Sociologia do direito em Max Weber: processos de racionalização e de juridicização das relações sociais*. 2006, p. 38.

²¹ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 164.

²² SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 164.

Ao lado dessa estruturação teórica propícia, as condições sociais, com o surgimento de novos movimentos a par dos movimentos operários, inseriram a luta da igualdade em outro plano, confrontando-a com a desigualdade advinda da lei. O papel democrático de intermediação entre a sociedade civil e o Estado era realizado pelos partidos políticos, que, no entanto, passam a ser representados por oligarquias que visam atender unicamente seus interesses. Por outro lado, a complexidade das sociedades modernas cria diversos grupos de interesse que precisam de espaço público para escoar suas reivindicações por meio de organizações que facilitem a comunicação de suas vontades²³.

O recuo das instituições tradicionais de representação da sociedade, como os partidos políticos e sindicatos, fez emergir a partir dos anos 80 grande número de organizações não governamentais buscando a efetivação de direitos básicos.

O papel político dessas organizações tem se afirmado nas várias Conferências e em atuações práticas, como monitoramento de atividades do parlamento, atuação nas eleições através do debate das plataformas dos candidatos, mobilizações para reforma social e desenvolvimento democrático [...].²⁴

Esses movimentos produzem grande transformação comunicativa e discursiva nos espaços públicos, e, ainda, na interação com o Estado, não se fixando somente como “[...] um contrapoder, mas um poder de convocação, inovação e experimentação social. A participação assume, assim, formas mobilizatórias, reivindicatórias, de gestão e co-gestão de serviços, ou institucionais e simbólicas, [...]”²⁵.

²³ “A idéia central que defendemos é de que há duas instâncias que podem estar articuladas, porém, com papéis diferenciados, ainda que nem tão dicotomizados como assinala Quere. Na instância mediadora – esfera pública – também se produz visibilidade e as ações e atores devem aparecer, até porque a sociedade como um todo deve conhecer e debater as questões e mobilizar-se para que propostas sejam aceitas pelos agentes do Estado. De igual maneira, na outra instância – espaço público – realizam-se debates, negociações, entre os diversos atores, para que se formulem as propostas a serem apresentadas da esfera pública.” (TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 3. ed. São Paulo: Cortez; Recife; EQUIP; Salvador: UFBA, 2002, p. 46/47)

²⁴ “Mais recentemente, vêm-se combinando ações judiciais à ação direta, caso do Movimento Nacional de Aliança dos Povos na Índica (Bangladesh), que procura ocupar terras urbanas vazias e construir habitações, tentando depois legalizá-las pela via administrativa ou judicial [...] Na América Latina, combina-se a implementação de projetos para melhoria de condições de vida, financiados por ONGs e agencias internacionais, com amplos debates de questões institucionais e dos direitos humanos [...].” (TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2002, p. 96/97)

²⁵ TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 2002, p. 98.

A segunda condição social, determinante para esse novo quadro da sociologia jurídica, foi o interesse nas transformações operadas pelo Estado-providência, resposta dada pelas lutas sociais ao Estado liberal, objetivando recuar as desigualdades econômicas que esse provocou. Esse período é marcado pelo início da crise da administração da justiça fenômeno ainda presente. “A consolidação do Estado-Providência significou a expansão dos direitos sociais e, através deles, a integração das classes trabalhadoras nos circuitos do consumo anteriormente fora do seu alcance”²⁶.

Se por um lado o Estado-Providência foi um alento na possibilidade de superar as desigualdades sociais, por outro esvaziou a capacidade dos espaços democráticos da política de apresentar propostas que reunissem um consenso sobre o interesse comum, e, ainda, apresentou uma nova sociedade consumidora e operária. Ora, uma sociedade predominantemente formada por operários e com novos direitos sociais garantidos traz a necessidade de que os conflitos advindos de sua relação com o capital sejam dirimidos pelo Judiciário. De outro lado, a inserção maciça da sociedade nos meios fabris incluiu o corpo de trabalho feminino que redimensiona o nível das relações familiares, trazendo a mulher como provedora financeira, alterando radicalmente a relação matrimonial de manutenção do lar ou em medidas como o modo de educar os filhos, resultando em conflituosidade que destrona o patriarcado do direito de família e transfere os conflitos para o Poder Judiciário.

A conflituosidade administrada pela justiça trouxe o congestionamento do Poder Judiciário com grande número de processos e logo demonstrou inevitáveis constatações: o Estado não detinha capacidade financeira para cumprir com as promessas sociais do *Welfare* e uma das consequências foi a incapacidade de investimento na administração da justiça, que se agravou a partir da década de 70, “[...] num período em que a expansão econômica terminava e se iniciava uma recessão, para mais uma recessão com carácter estrutural”²⁷.

A ruptura com o modelo liberal de Estado e como consequência do próprio paradigma abstencionista da administração da justiça trouxe à cena novos atores, principalmente dos movimentos operários que resultaram em conquistas públicas por melhores condições de trabalho, ambiente normalmente reservado à privacidade. “O Direito do Trabalho, nascido dos êxitos daquele movimento, conferiu um carácter público a relações da esfera privada, como o contrato de

²⁶ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 165.

²⁷ SANTOS Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 166.

compra e venda da força de trabalho, consistindo em um coroamento de décadas de luta do sindicalismo”²⁸.

A imersão das preocupações privadas na esfera pública fez desaparecer os limites que separavam o Estado da sociedade civil. No mesmo passo, o direito do trabalho, ao procurar compensar os menos favorecidos (trabalhadores), transmutou a ordem liberal para trazer à esfera pública uma preocupação com a concretização da igualdade também nas relações privadas e, assim, inseriu na agenda política o tema da justiça social²⁹.

A codificação do direito do trabalho dentro da área do direito público significou a aproximação de princípios desta esfera com princípios de direito privado – ou seja, a disponibilidade da força de trabalho com a proteção do economicamente desfavorecido –, a exemplo do que prevê a ideologia do *welfare* quanto à conexão entre a Administração Pública e o mercado.

Se o direito privado clássico se assentava sobre a liberdade individual e sobre o pressuposto da autolimitação dos indivíduos, o fato de ele ter admitido um elemento de justiça, como a proteção do “economicamente desfavorecido” introduzida pelo Direito do Trabalho, emprestou-lhe um novo significado, pondo-o também a serviço da justiça social.³⁰

A ideia marcante do *welfare* é a contraposição da compreensão do trabalho na aurora do capitalismo como troca da força produtiva pela remuneração, inserindo uma legislação social protetiva que atravessa nas relações privadas um cunho civilizatório. “Aquele direito penetra as relações privadas, retirando-as dessa esfera de arbítrio onde impera a lei do mais forte”³¹. O redimensionamento

²⁸ VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 15.

²⁹ “Portanto, na raiz da legislação *welfareana* esteve presente um movimento social que, após se afirmar no terreno da sociedade civil, alcançou, pela mediação dos partidos políticos, a esfera pública. Nos países de organização política liberal, a concretização dos direitos do *welfare* não é, pois, estranha à trajetória clássica da democracia representativa, uma vez que a passagem do paradigma do direito formal burguês, na designação de Habermas, para o direito *welfareano* resultou da manifestação do voto de majorias parlamentares, a partir de uma prévia e favorável sedimentação da opinião no terreno da sociedade civil.” (VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 16)

³⁰ VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 16.

³¹ CARDOSO, Adalberto Moreira. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002, p. 510.

das relações trabalhistas insere no debate jurídico a tomada da pessoa humana sob outro ponto de vista –, em sua singularidade, identidade e liberdade.

Desde sua criação na década de 40, a justiça do trabalho está em franco desenvolvimento com o aumento contingencial do número de processos anuais. Enquanto nas décadas de 70 e 80 a média de acréscimo do número de processos era pouco superior a 35 mil por ano, nos anos 90 verificou-se o ingresso de mais de 110 mil processos por ano. É saliente a forte relação entre o crescimento das demandas trabalhistas com o período de maior liberdade de expressão democrática dos organismos de classe na conjuntura política, representando, para Cardoso, maior acesso à justiça, fenômeno que tem seu ápice na década de 90³².

As transformações paradigmáticas parecem ter ecoado primeiramente no direito privado, o que se explica em grande parte pela preponderância de seu desenvolvimento colocado sob a Ciência Jurídica e o direito aplicado pelos juízes. No decorrer do século XIX, até o Código Civil de 1900, o direito privado estruturava-se de forma hermética, situação que somente veio se alterar com o movimento constitucionalista democrático. Como assinala Habermas³³:

Sob a premissa da separação entre Estado e sociedade, a estrutura doutrinária partia da idéia de que o direito privado, ao passar pela organização de uma sociedade econômica despolitizada e subtraída das intromissões do Estado, tinha que garantir o *status negativo* da liberdade de sujeitos de direito e, com isso, o princípio da liberdade jurídica; ao passo que o direito público, dada uma peculiar divisão de trabalho, estaria subordinado à esfera do Estado autoritário, a fim de

³² “1 – entre 1941 e 1961 o ritmo de acesso à justiça cresce em média 14% ao ano, [...] atingindo 155 mil processos acolhidos nas Juntas de Conciliação e Julgamento [...] ao acréscimo médio de 7.024 processos ao ano no movimento processual. 2 – entre 1962 e 1970 o movimento processual sofre seu primeiro salto importante, com picos em 1963 (ano da turbulência social sob Jango) e 1970, já em meio à repressão do AI-5. [...] o acréscimo médio de 32.532 processos ao ano [...]. 3 – entre 1971 e 1973 o crescimento torna-se negativo, coincidindo com o período mais negro da ditadura. A queda é de mais de 14 mil processos ao ano, em média. 4 – de 1974 a 1987 ocorre novo crescimento vertiginoso [...] Cada ano acrescenta novas 36.293 unidades ao movimento processual. 5 – entre 1988 e 1997 ocorre efetiva explosão nas demandas, com cada ano recebendo 112.489 processos a mais que no ano anterior [...]. 6 – finalmente entre 1998 e 2000 a queda é constante, a uma taxa próxima do acréscimo anterior. MOREIRA, Adalberto. *Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo*. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. 2002, p. 340.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre validade e facticidade*. v. II, 2003, p. 132.

manter sob controle a administração que operava sob reserva de intervenção e, ao mesmo tempo, garantir o *status* jurídico *positivo* das pessoas privadas mantendo a proteção do direito individual.

A doutrina civilista, não vendo com bons olhos o que denominou de submissão do direito privado a princípios de direito público disfarçados pela face constitucional, alegou a ruína de um edifício autônomo e unitário, no qual tinha se construído a teoria civilista. Nessa nova situação, a dificuldade do direito civil é trabalhar com a emergência do Estado social e a sobreposição dos critérios de justiça que orientaram sua gestão.

A primeira convicção a esbarrar na ideologia do Estado social foi a autonomia de contratar e a disponibilidade de direitos que direcionavam a doutrina do direito privado, e passam a sofrer interferências com a introdução de princípios éticos que não visavam somente à autodeterminação individual, mas a justiça social. “O ponto de vista da justiça social exige uma interpretação diferenciadora de relações jurídicas formalmente iguais, porém diferentes, do ponto de vista material, sendo que os mesmos institutos jurídicos preenchem funções sociais distintas”³⁴.

Ainda que não se tenha verificado nenhuma alteração na compreensão da autonomia privada que permanece sendo o máximo de liberdade de ações subjetivas iguais para todos, o que se altera é o espaço em que se realiza essa autonomia privada. Desmistificando o postulado liberal de que a esfera do mercado e da sociedade econômica são espaços isentos de poder, somente se prevê a concretização da liberdade jurídica após o Estado social com a materialização do direito vigente ou a criação de novos direitos.

Assim, o *welfare*, que já havia garantido a proteção do mercado de trabalho, tem no legislativo um operário constante de uma legislação que redimensiona as relações entre o público e o privado, pondo a própria economia e as relações sociais sob os auspícios da Administração Pública.

Com essa intervenção da justiça social no direito privado, as relações sociais passam a ser mediadas por instituições democráticas e não dependem mais exclusivamente da esfera privada. Essa mediação da macroeconomia pelo direito inclui seus procedimentos em todas as ações do capitalismo que se consolida nesse período.

³⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*: entre validade e facticidade. v. II, 2003, p. 134.

A progressiva racionalização [...], na medida em que supõe ação tempestiva, conhecimento específico em matérias de alta especialização e perícia técnica no momento da intervenção, esteve na raiz da ultrapassagem do Legislativo pelo Executivo, em termos de iniciativa das leis e da regulação normativa do *welfare*.³⁵

A inflação legislativa de um Estado administrativo e paternalista com forte aspecto burocrático e controle político trouxe como consequência uma cidadania apática e reduzida a ser clientela do Estado.

A própria queda do paradigma do Estado nacional, a partir da década de 80, foi momento decisivo para retirada de campo da participação estatal na economia e sua intervenção com medidas reguladoras e políticas públicas com a abertura do mercado para oferta de serviços como educação, saúde, habitação, energia ou telecomunicações. O Estado reservou-se a comparecer somente em condições adversas provocadas por deturpações climáticas ou sociais. “As novas formas de gestão fariam parte dessa tentativa de contornar a concepção neoliberal de Estado mínimo, mas também de fugir do padrão do estado centralizador e, conseqüentemente, ineficaz para atender demandas sociais multifacetadas”³⁶.

2 ACESSO À JUSTIÇA: DEFINIÇÃO E ALCANCE DE SEU CONCEITO

Uma das promessas da democratização do acesso aos tribunais é a concretização da garantia do próprio acesso à justiça, não somente jurídico-formal, mas especificamente a equalização de forças processuais capazes de superar as desigualdades socioeconômicas que relacionam o processo civil e a justiça social. Essa nova preocupação do acesso à justiça material e não somente formal é resultante da consolidação dos direitos sociais após a Segunda Guerra Mundial.

A nova compreensão colocou o acesso à justiça como “[...] um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais”³⁷. A partir de então, tornou-se necessária a remodelação de toda a justiça civil para transpor seu paradigma

³⁵ VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. 1999, p. 19.

³⁶ RAMOS, Flávio. É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias? In: BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia e Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. 2005, p. 56.

³⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 2006, p. 168.

técnico e formal, socialmente neutra, e dar-lhe uma vocação também social e responsável pelas transformações operadas pelos direitos sociais.

Como assevera Cappelletti, a definição terminológica e jurídica de acesso à justiça é difícil, porém indispensável para nortear as finalidades básicas do sistema jurídico. Em uma perspectiva de amplo acesso como garantia da justiça social, para Cappelletti, a definição deve representar “[...] o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”³⁸.

A mudança do paradigma que direciona a compreensão sobre acesso à justiça para incluir o efetivo direito individual e social ocorreu juntamente com as alterações na disciplina do processo civil, marcadamente influenciado pelos liberais burgueses.

Nos auspícios dos séculos XVIII e XIX, o acesso à justiça era tido como direito natural, e estes não requeriam proteção positiva do Estado, mas apenas a garantia formal de que não seria violado o direito individual de acesso à justiça. “O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*”³⁹. As práticas do sistema jurídico civil aguardam a provocação das partes e se limitam a arbitrar para uma delas o objeto jurídico litigado. Segundo Roesler⁴⁰:

A característica básica da instituição judiciária é a sua capacidade de dirimir os conflitos sociais pela emissão de uma decisão final e inapelável, que deve contar ainda com meios coativos para ser imposta se necessário for. Tal perfil institucional corresponde a um modelo de Sociedade, de papel do poder público e de conflito jurídico. Nesse sentido ele está ligado à concepção liberal clássica, à teoria da separação de poderes e a um conflito que se instaura entre duas

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 8.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 9: “Esses direitos eram considerados anteriores aos Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros”.

⁴⁰ ROESLER, Claudia Rosane. A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br. Acesso em: 15 fev. 2006.

partes individualmente caracterizadas em torno de um objeto definível e que é adjudicado a uma delas.

Para Roesler⁴¹, a reforma processual brasileira tem o desafio de adaptar o direito processual às novas posturas colocadas pelo Estado de bem-estar com grande foco na instrumentalidade e efetividade do processo, e flexibilizando a exigência de autonomia e abstração em relação ao direito material, marcas da disciplina nos séculos XIX e XX.

A responsabilidade pela “pobreza no sentido legal”⁴² não era pauta das preocupações do Estado. A justiça, no sistema de *laissez faire*, como outros bens economicamente adquiríveis, reservava-se aos que pudessem por ela pagar. O sistema se preocupava eminentemente com o acesso formal à justiça, ainda que não representasse o acesso efetivo.

As alterações na concepção sobre o efetivo acesso à justiça foram reflexo das próprias alterações ocorridas nos sistemas de direito. Com a complexidade adquirida pelas sociedades regidas pelo *laissez faire*, paulatinamente foi se deixando a ação individual para iniciar um movimento coletivo.

Para Cappelletti, exemplo dessa transformação é o preâmbulo da Constituição Francesa de 1946, que fez a previsão de diversos direitos sociais. A referência política desse período era marcadamente o *welfare state*, que permitiu ingresso nos sistemas constitucionais maiores garantias de acesso à justiça com vistas a “[...] armar os indivíduos de novos direitos substantivos em sua qualidade de consumidores, locatários, empregados e, mesmo, cidadãos”⁴³.

A partir desse momento histórico, o acesso à justiça, em uma visão substancial, tem ocupado lugar especial nas pesquisas dos processualistas e é colocada entre os direitos humanos fundamentais. A nova percepção do processo civil deve levar em consideração a função social nas regras processuais como sistema jurídico não meramente secundário, mas com impacto social. “O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística”⁴⁴.

⁴¹ ROESLER, Claudia Rosane. A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br. Acesso em: 15 fev. 2006.

⁴² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 9.

⁴³ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 11.

⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 13.

O caminho para concretizar o acesso à justiça, segundo Cappelletti, importa o reconhecimento e a superação dos obstáculos presentes no ordenamento jurídico para a sua presença. O primeiro obstáculo apontado se refere ao alto custo para que se possa litigar em juízo. Ainda que o Estado suporte os gastos com juízes e funcionários, as custas judiciais para ingresso em juízo e, ainda, associadas aos honorários de advogados e a própria sucumbência são fatores que afastam a presença da sociedade nos tribunais com vistas a garantir seus direitos⁴⁵.

Outro entrave ao acesso à justiça está relacionado à desigualdade financeira das partes quando em juízo e a incapacidade de reconhecer um direito e propor uma ação. O processo civil, marcadamente individual, impõe às partes o dever de produzir as provas que demonstrem seus direitos. Se a parte demandada tem maior poder financeiro, poderá, unicamente por aspectos formais, sucumbir o direito da outra por sua insuficiência financeira⁴⁶.

Em outra ponta, a própria formação cultural e o *status* social são fortes impedimentos para o acesso à justiça. As aptidões pessoais dos litigantes em juízo podem ser limitadas pela dificuldade que tenham de reconhecer um direito por falta de conhecimento jurídico básico; a precária informação do modo de se propor uma ação e, por fim, a indisposição psicológica de recorrer aos procedimentos judiciais, mesmo quando tenham conhecimento de profissionais qualificados capazes de orientá-los⁴⁷.

Por fim, uma terceira barreira ao acesso à justiça está na constituição de novos direitos difusos e coletivos. Os entraves na defesa e judicialização das violações desses direitos estão principalmente na dificuldade de organização das partes atingidas. O processo civil ainda não está armado suficientemente de instrumentos processuais para oferecer respostas seguras em demandas coletivas. “Em suma, podemos dizer que, embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à

⁴⁵ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 18.

⁴⁶ “Julgadores passivos, apesar de suas outras e mais admiráveis características, exacerbam claramente esse problema, por deixarem às partes a tarefa de obter e apresentar as provas, desenvolver e discutir a causa.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 22/23)

⁴⁷ “Procedimentos complicados, formalismo, ambientes que intimidam, como o dos Tribunais, juízes e advogados, figuras tidas como opressoras, fazem com que o litigante se sinta perdido, um prisioneiro num mundo estranho.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 24)

sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso”⁴⁸.

A análise dos fatores que impedem o efetivo acesso à justiça demonstra, para Cappelletti⁴⁹, maiores dificuldades para os pobres em propor ações individuais contra grupos corporativos e organizacionais. Assim, a adequação do ordenamento jurídico e as exigências de garantias de direitos do Estado de bem-estar demonstram a inadequação da garantia substancial de acesso à justiça, quando em lados opostos estão consumidores e fornecedores, ou a sociedade contra os poluidores etc.

As respostas a essas dificuldades de acesso à justiça promoveram, a partir de 1965, três ondas reformistas que pretendiam dar respostas à falta de efetividade material ao acesso à justiça. A primeira onda foi a *assistência judiciária*, a segunda, denominada de *representação jurídica para os interesses “difusos”*; e a terceira, como *enfoque de acesso à justiça*⁵⁰.

A assistência judiciária, primeira onda de reforma processual para garantir o acesso à justiça, tem conseguido bons resultados ampliando a oferta de orientação técnica jurídica às classes menos favorecidas economicamente. Porém, os advogados públicos normalmente são financiados pelo Estado, e, para garantir a grande demanda social por assistência judiciária, principalmente para apoio na reivindicação de novos direitos, que não aqueles da área de família e criminal, seria necessária a contratação de muitos profissionais, sendo que em economias de mercado encontra impedimento sério nos orçamentos públicos⁵¹.

A segunda onda de reforma centrou-se principalmente na defesa dos direitos difusos, provocando uma forte reforma na ideia que direcionou o processo civil nos séculos XVIII e início do século XIX. A magistratura, com as novas leis do processo coletivo, teve que redimensionar as noções de litígios de direito público, direito de ser ouvido, representação ou coisa julgada. A proposta de Cappelletti⁵² para proteção dos direitos difusos requer uma *solução pluralística*

⁴⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 27.

⁴⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 28.

⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 31.

⁵¹ “Em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Fabris, 1988, p. 47/48)

⁵² CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 66/67.

(*mista*) com a interação de uma assessoria pública, ações de grupos particulares e com ações coletivas que podem tornar-se medidas capazes de garantir certa eficiência para a defesa dos direitos difusos.

A terceira onda do enfoque de acesso à justiça não exclui as duas primeiras apresentadas, mas vai além, prevendo de forma mais complexa o acesso à justiça como a conjunção da presença de advogados públicos para assistência individual e coletiva com a presença de instituições e mecanismos para processar e prevenir o surgimento de novos litígios⁵³.

A segunda perspectiva a ser analisada na judicialização das relações sociais refere-se à politização da magistratura, de modo a torná-la mais sensível aos problemas políticos que abalam e corroem o sistema social com desigualdades e injustiças. Esta reflexão se torna importante quando se reconhece o direito como um subsistema político, e, assim, ao revés de influências externas em suas decisões e emitindo decisões que trarão diversas consequências no próprio meio social.

Essa postura de politização da magistratura traz uma tripla crítica à atuação dos juízes quanto à parcialidade, o comportamento contestador da lei e a intromissão em competências que não lhe cabem. As três, no entanto, são, para Campilongo⁵⁴, infundadas e reducionistas. A primeira crítica, referente à necessária imparcialidade do juiz, mormente por ser um terceiro distante das partes com a função de decidir, decai quando se verifica que essa compreensão está fundada em uma visão reducionista da política vinculada unicamente ao mecanismo de partidos.

O segundo equívoco estaria na própria interpretação do que se compreende por submissão do juiz à lei. Hodiernamente, tem-se centrado no controle da discricionariedade e arbitrariedade das decisões judiciais, porém, não se nega

⁵³ “Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma ampla variedade de reformas, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou para profissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial. [...] Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.” (CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. 1988, p. 71)

⁵⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 57.

a possibilidade de se tomar diversas soluções para o mesmo caso concreto de acordo com a interpretação legislativa adotada.

De outra parte, porém, contesta-se o caráter absoluto de “certeza do direito” ou da univocidade da interpretação da lei. [...] A politização da magistratura é expressão de um aumento das possibilidades de escolha e decisão e não de um processo de contestação ou negação da legalidade.⁵⁵

A terceira crítica contra a politização da magistratura está ligada a sua pretensão de suprir o *deficit* democrático dos sistemas representativos gravemente desgastados pelos níveis de corrupção e ineficácia de suas decisões, sendo constantemente substituídos por organizações da sociedade civil. Nesse contexto, o Judiciário é resgatado como reforço e garante do sistema político. Não se trata, como adverte Campilongo⁵⁶, de partidizar a magistratura, o que seria desastroso para o sistema democrático, mas de tornar o magistrado aberto às influências que a política lhe impõe, fenômeno inevitável na contemporaneidade, sem, contudo, comprometer sua vinculação ao direito à legalidade e à fundamentação de suas decisões.

O risco dessa operação de acoplamento entre o sistema jurídico e o político, na visão de Campilongo⁵⁷, é que o Judiciário venha a tomar os códigos do sistema político como instrumento de tomada de suas decisões, ou mesmo o

⁵⁵ CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002, p. 58: “Não existe, na hermenêutica jurídica contemporânea, nem quem defenda a completa liberdade do juiz nem quem encare sua atuação como o resultado de uma irretorquível lógica de aplicação da lei”.

⁵⁶ “A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso), a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é algo inevitável.” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002, p. 61)

⁵⁷ Campilongo, em sua obra faz uma análise preponderantemente sociológica do direito a partir dos textos de Luhmann: “Da perspectiva do direito, elevadas taxas de independência e criatividade não podem representar a substituição das opções oferecidas pela Constituição por uma orientação qualquer – política, econômica, religiosa, etc. – advinda do ambiente externo ao sistema jurídico. Isso caracterizaria uma corrupção dos códigos do direito, ou seja, a utilização de meios de comunicação próprios de outros subsistemas [...]. Essa corrupção de códigos resulta num judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento

inverso, que o político seja tomado pela burocracia do sistema jurídico e esvazie o teor democrático de suas manifestações.

No entanto, ainda que a politização da magistratura seja uma das propostas com maior desenvolvimento após o processo de redemocratização, os próprios membros da magistratura têm dificuldades de reconhecer sua parcela de responsabilidade na crise do Judiciário e na facilitação do acesso à justiça, atribuindo a fatores externos dos quais não tem controle ou possibilidade de reverter.

Mesmo que a maioria dos juízes reconheçam a existência de crise no Poder Judiciário, atribuem essa fraqueza de seu funcionamento às deficiências estruturais e institucionais⁵⁸. A morosidade do Poder Judiciário é atribuída em parte ao grande número de recursos, falta de material adequado e funcionários capacitados. As críticas aos princípios processuais modernos como a imparcialidade nas decisões judiciais ou o afastamento das partes são defendidas pela classe como garantias institucionais que devem ser mantidas.

Notadamente, as transformações operadas pelo *welfare state* dentro do ordenamento jurídico brasileiro, mudando o próprio paradigma da administração da justiça, buscando garantir maior acesso à justiça e a politização da magistratura, trouxeram um inflacionamento de demandas no Poder Judiciário que requer novas técnicas de gestão judiciária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No breve panorama lançado sobre o acesso à justiça e suas transformações, principalmente a partir da Constituição Federal de 1988, constatam-se os grandes desafios ainda na pauta pela eficácia material dos direitos sociais previstos na Constituição.

Não se pode, por certo, oferecer soluções tradicionais para os novos direitos coletivos e difusos. Por outro lado, é preocupante a crescente intervenção do Estado por meio do Poder Judiciário nas relações sociais.

A intervenção do Estado nas relações sociais tem substituído progressivamente o campo da política e da autonomia da sociedade para solução

da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a atividade política a um exercício de formalismo judicial" (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. 2002, p. 63).

⁵⁸ "A existência de crise no Judiciário é totalmente admitida por 22,5% e parcialmente por 54,4% dos entrevistados, enquanto 20,5% não reconhecem essa situação." (SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. *A Crise do Judiciário e a visão dos Juízes*. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, 1994, p. 42.

de seus próprios problemas para transferir a resposta no campo hermético e não democrático do Poder Judiciário. O resultado evidenciado é a crescente apatia social e a dependência dos sujeitos de uma resposta estatal.

Não bastasse, o Poder Judiciário passa por severas dificuldades de responder às expectativas sociais, deixando de concretizar a garantia constitucional de acesso à justiça. A deficiência estatal é expressa por questões estruturais e institucionais, relativas à crescente politização dos membros da magistratura.

Em outro vértice, contribui à violação à garantia do acesso à justiça a dificuldade de o sistema normativo garantir respostas adequadas aos novos conflitos advindos das relações sociais. O sistema jurídico, concebido para regulamentação das questões patrimoniais disponíveis, não tem encontrado espaço para tratamento dos direitos difusos e coletivos, nem mesmo para o correto e adequado tratamento dos novos atores judiciais.

Por fim, é certo que a efetivação das promessas do Estado Social exige forte investimento na estruturação das instituições capazes de garantir a concretização desses direitos, não só judicialmente como também por meio de respostas adequadas para pacificação dos conflitos advindos das relações sociais.

REFERÊNCIAS

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídica e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Adalberto Moreira. Direito do Trabalho e relações de classe no Brasil contemporâneo. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 2003.

MARTINS, Queila Jaqueline Nunes. Sociologia do direito em Max Weber: Processos de racionalização e de juridicização das relações sociais. Produção Científica CEJURPS, 2006/Universidade do Vale do Itajaí – Itajaí: Universidade do Vale do Itajaí, 2006.

RAMOS, Flávio. É possível esquecer o Welfare State e as políticas regulatórias? In: BOEIRA, Sérgio Luís. *Democracia e Políticas Públicas: diversidade temática dos estudos contemporâneos*. Itajaí: Univali, 2005.

ROESLER, Claudia Rosane. A reforma do processo civil no Brasil e a crise do Poder Judiciário. Disponível em: www.advocaciapasold.com.br. Acesso em: 15 fev. 2006.

SADEK, Maria Teresa; ARANTES, Rogério Bastos. A Crise do Judiciário e a visão dos Juízes. *Revista da USP*, São Paulo, n. 21, 1994.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 11. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *O local e o global: limites e desafios da participação cidadã*. 3 ed. São Paulo: Cortez; Recife: EQUIP; Salvador: UFBA, 2002.

VIANNA, Luiz Werneck (et al.). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____; BURGOS, Marcelo. Revolução processual do direito e democracia progressiva. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 11. ed. São Paulo: Pioneira, 1996.

ACCOUNTABILITY E PODER JUDICIÁRIO: DAS RAZÕES DE EXISTIR DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

ACCOUNTABILITY AND JUDICIARY: REASONS FOR THE EXISTENCE OF THE NATIONAL JUDICIAL COUNCIL

Mônica Teresa Costa Sousa¹

Doutora em Direito (UFSC)

RESUMO: Entre os desafios do Poder Judiciário, a prestação jurisdicional eficiente é dos mais importantes. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) é responsável, entre outras funções, pela implementação de práticas que tornem a atividade jurisdicional satisfatória. Cabem também ao CNJ ações voltadas à responsabilização dos magistrados quando atuarem fora dos ditames da lei e da ética. Contudo, permanece alguma resistência não apenas junto ao Judiciário, mas à Administração Pública como um todo em relação à *accountability*. O objetivo deste texto é esclarecer questões relacionadas à *accountability* e identificar o CNJ como fundamental para a contínua progressão do Judiciário e, para tanto, buscou-se na literatura especializada e junto ao CNJ elementos que fundamentem essas questões.

PALAVRAS-CHAVE: Conselho Nacional de Justiça; *accountability*; Poder Judiciário; Administração Pública.

ABSTRACT: *Among the challenges of the Judiciary, efficient judicial running is one of the most important. The Conselho Nacional de Justiça (CNJ) is responsible, besides other functions, for the implementation of practices that make satisfactory jurisdictional activity to society. Also CNJ is accountable for actions focused on accountability of judges when acting out of law and ethics. However, remains some resistance not only from the Judiciary itself, but the Public Administration as a whole in relation to accountability. The aim of this paper is to identify issues related to accountability and recognize the CNJ as central to the continued progression of the Judiciary.*

KEYWORDS: *Conselho Nacional de Justiça; accountability; Judicial System; Public Administration.*

¹ Professora da Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça (PPGDIR) e Cultura e Sociedade (PGCult) – São Luís/MA. E-mail: mtcostasousa@uol.com.br.

SUMÁRIO: Introdução; 1 *Accountability* como uma questão essencial; 2 O novo cenário institucional: a reforma do estado no Brasil e os reflexos junto ao Poder Judiciário; 3 O Conselho Nacional de Justiça como mecanismo de *accountability* horizontal; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Accountability as an essential matter; 2 New institutional models: state's changing in Brazil and its reflections on judiciary; 3 National Judicial Council as horizontal accountability; Conclusions; References.*

INTRODUÇÃO

Principalmente a partir da promulgação Emenda Constitucional nº 45/2002 aos dias atuais, muito se discute acerca da atuação do Poder Judiciário. Desde a pressão política e popular para que se tornasse mais transparente e eficaz em mecanismos de responsabilização às questões jurisdicionais propriamente ditas, nunca um dos Poderes da República passou por tantos desafios como o Judiciário.

Em primeiro lugar, porque de tempos para cá os julgamentos e as sessões da mais alta Corte Jurisdicional se viram como atração midiática, o que parece ter sido responsável pela “popularização” de questões antes restritas às sessões de Tribunais e gabinetes; em seguida, pelo processo aberto e cada vez mais debatido de indicação de Ministros para o Supremo Tribunal Federal – discute-se em redes sociais a possível indicação de candidato “A” ou “B”; tem-se, ainda, o acompanhamento quase imediato do andamento processual, graças à inovação tecnológica, o que expõe a atividade do Judiciário a um público ilimitado; novas regras de procedimentos; modernas técnicas de administração para Fóruns, Comarcas e Secretarias, consequências quase naturais do complexo modelo de reforma estatal que atingiu toda a Administração Pública brasileira, na qual o Judiciário está inserido. Tudo isso praticamente obrigou o Poder Judiciário a se modernizar, a repensar a atividade jurisdicional.

Ainda que tenham sido importantes, nenhuma dessas mudanças é tão significativa e impactante quanto a criação do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. De há muito se discutia a necessidade imperiosa de agilizar e dar mais transparência às ações relacionadas às falhas institucionais e pessoais que fizeram do Judiciário, por muito tempo, uma das instituições mais desacreditadas da República.

Era preciso agir não apenas na esteira da reforma do Estado nos anos 1990, mas principalmente fazer com que a Magistratura encarasse com seriedade os

desafios que lhe eram apresentados pós Constituição de 1988, considerando principalmente a expansão das liberdades individuais e sociais.

O CNJ é responsável imediato por uma nova forma de avaliar o serviço público prestado pelo Estado juiz, bem como por capitanear as ações de *accountability* relacionadas ao Poder Judiciário. Termo ainda impreciso, mas que pode se aproximar da ideia de responsabilização, *accountability* não é a única função do CNJ, mas é uma das mais importantes. O Conselho não serve apenas para estabelecer metas e punições, mas, sobretudo, para valorizar uma atividade fundamental junto à sustentação da democracia e das instituições: a aplicação da justiça.

Considerando a necessidade da prestação jurisdicional a partir da moralidade, eficiência e, principalmente, em benefício da sociedade, as ações de *accountability* do CNJ acabaram por se transformar em seu próprio sustentáculo de legitimidade. Fundamentado nos princípios da transparência, publicidade e eficiência, a ação do CNJ por sobre a atividade jurisdicional está longe de ser inquisitorial ou meramente punitiva; mais se aproxima da ideia de afirmação da democracia, considerando a *accountability* como fundamental a esta premissa.

Sendo assim, a proposta deste texto é apresentar, em um primeiro momento, esclarecimentos acerca da ideia de *accountability*. Longe de ser mera inovação linguística, a *accountability* é fundamental ao fortalecimento da democracia e das instituições republicanas, a fim de se afastar definitivamente da Administração Pública brasileira a ideia de favorecimentos, clientelismos e leniência.

Em um segundo momento, apresentam-se as consequências do processo de reforma do Estado brasileiro junto ao Poder Judiciário, objeto mais específico de análise. As ações resultantes deste processo não surtiram efeitos apenas junto ao Poder Executivo. Desde a inserção do princípio da eficiência como fundamental à República, passando pela profunda reforma institucional e legislativa sofrida pelo Judiciário, as alterações decorrentes deste processo de reforma afetam em muito a qualidade da prestação jurisdicional e a possibilidade de avaliação na prestação deste serviço, vez que as garantias de liberdade de expressão, bem como a expansão dos direitos sociais indicam o Judiciário como importante, senão principal agente de garantia destas mudanças.

Por fim, apresentam-se as “razões de existir” do CNJ, levando-se em consideração as disposições de seu Regimento Interno, a sua composição e a escala de atribuições.

1 ACCOUNTABILITY COMO UMA QUESTÃO ESSENCIAL

Nenhum projeto de renovação institucional será exitoso se não agregar como valor essencial o combate à corrupção e punição de condutas que resultem em ganhos individuais por meio de atividades ilegais. De acordo com Amartya Sen, a corrupção considerada como desvio de conduta é uma grave barreira ao progresso institucional, vez que elevados níveis de corrupção podem tornar ineficazes quaisquer tentativas de modernização e renovação das atividades do Estado².

É preciso que sejam analisados os custos da corrupção, da ausência de ética e do comportamento não transparente em termos de eficiência na prestação jurisdicional, vez que a partir da corrupção há uma distorção dos incentivos em relação aos investimentos desejáveis e vinculados ao projeto de renovação e eficiência institucionais.

Ainda que o desenho institucional seja fundante para a precisão das ações de *accountability*, os valores pessoais não podem ser ignorados. Estes não apenas se refletem nas garantias de transparência como são mesmo os seus determinantes. Os agentes públicos envolvidos com as instituições de justiça – os magistrados, em análise mais precisa – tendem a agir de acordo com os princípios pessoais e sociais; mas as suas ações também podem ser condicionadas por regras, incentivos e comportamentos anteriores que determinam certos resultados.

Se a ética, a confiança e o cumprimento de obrigações são valores em si disseminados no tecido social, fatalmente o magistrado guiará o seu comportamento por esses valores. Mas se a noção de favorecimento pessoal, a má utilização dos recursos públicos ou a utilização dos mesmos em benefício próprio são as regras e não há punição às condutas estranhas à legalidade, ou seja, confirma-se a ausência das garantias de transparência, dificilmente se tem um projeto viável de eficiente prestação jurisdicional.

O mais grave é observar que de tempos em tempos, e principalmente ante a ausência de eficientes mecanismos de *accountability*, há pouca preocupação em relação às consequências das ações desviadas que inviabilizam a eficiente prestação jurisdicional, se estas não são diretamente percebidas, ou seja, se os seus efeitos não são sentidos de maneira efetiva pela coletividade. Neste sentido,

² SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2002. p. 311-312.

vale ressaltar o entendimento de Adam Smith, considerando a conveniência das próprias ações³:

Podemos nos preocupar pouco com a conveniência de nossas ações se somos indiferentes aos eventos que delas possam resultar. O homem que sente plenamente a aflição da calamidade que o assolou, que sente toda a baixeza da injustiça que lhe infligiram, mas que sente de maneira ainda mais intensa o que a dignidade de seu próprio caráter exige; que não se deixa guiar por paixões indisciplinadas, as quais sua situação poderia naturalmente inspirar, pois governa todo o seu comportamento e conduta de acordo com as emoções contidas e retificadas que o grande habitante, o grande semideus dentro do seu peito prescreve e aprova; tal homem é o único de virtude real, único objeto real e apropriado de amor, respeito e admiração.

Não se quer dizer que o magistrado não é suscetível ao erro ou que é um indivíduo marcado apenas por virtudes. Longe disso. O que relatava Smith em seu tempo e que permanece atual é a necessidade de se perceberem as consequências de eventuais desvios comportamentais ou funcionais. Ao não levar em consideração o que pode resultar de ato condenável, como, por exemplo, o favorecimento injustificado de uma das partes, o magistrado perde a oportunidade de refletir sobre as consequências daquela decisão, que prejudica não somente a outra parte, mas o Judiciário como um todo, que se vê vítima de comportamentos individualizados, a ponto de comprometer a credulidade em toda a instituição.

Daí a necessidade de regras claras que determinem o comportamento do agente público juiz e meios de fiscalização não coercitivos de sua atividade, mesmo que o comportamento esperado entre os membros do Poder Judiciário evidentemente não seja o desleal ou ilegal. São associadas às democracias instituições de controle e gerenciamento das atividades típicas de Estado, essenciais para a determinação de políticas que atendam às suas verdadeiras necessidades; apenas a partir do reconhecimento da legitimidade destas ações de controle administrativo e transparência que se pode exigir também eficiência institucional.

³ SMITH, Adam. *A teoria dos sentimentos morais*. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 306.

As ações de *accountability* surgem nesta esteira, ou seja, ante a necessidade de se estabelecer padrões mínimos de expectativas em relação ao funcionamento da justiça, bem como de responsabilização direta e indireta por falhas de seus agentes.

De maneira geral e sem que se busque uma tradução literal para o termo, *accountability* pode ser compreendida como a possibilidade de uma instituição ou um agente público exigir informações e justificativas em decorrência de atos, omissões e resultados de outro agente, reconhecendo-se, ainda, a probabilidade de imposição de sanções.

Em clássico artigo publicado em 1990 e até hoje referência quando se trata da conceituação de *accountability*, Anna Maria Campos aproxima-se de uma definição objetiva e perspicaz: a autora entende que *accountability* é sinônimo de responsabilidade objetiva, ensejando a responsabilidade de uma pessoa ou instituição ante outro agente, mas fora dos primeiros. Essa responsabilidade, que é também poder/dever, gera consequências: prêmios e reconhecimento em caso de cumprimento e punições quando da negligência.

Não se pode esquecer, no entanto, que a viabilidade de práticas eficientes de *accountability* é influenciada diretamente por um conjunto de fatores essenciais, elencados por Anna Maria Campos, tais sejam a organização da sociedade civil para o exercício de controle político sobre as ações do governo, a transparência e descentralização da máquina estatal e a substituição de valores sociais tradicionais por valores emergentes⁴.

Muito embora tais práticas sociais e administrativas se reflitam majoritariamente nos Poderes Executivo e Legislativo, o Judiciário não poderia ficar imune a essas inovações, mesmo que não haja, de fato, um controle político sobre as suas ações. Mas os demais fatores listados (transparência/descentralização/substituição de valores) são perfeitamente ajustáveis a um modelo de *accountability* no Poder Judiciário.

É interessante perceber também que a necessidade por *accountability* se torna mais significativa a partir da expansão das liberdades e garantias sociais e individuais, principalmente após a Constituição de 1988. De Sergio Buarque de Holanda a Roberto DaMatta, muitos sociólogos trabalham com a significação do

⁴ CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, fev./abr. 1990.

“homem cordial” e da passividade do brasileiro, e não sem farto material que comprove as suas teorias.

Quanto à *accountability*, essa passividade/cordialidade que se transforma em uma ausência de responsabilização se verifica, no entender de Anna Maria Campos, da seguinte forma⁵:

As primeiras observações diziam respeito ao próprio relacionamento entre a administração pública e seu público, à própria noção de *público*. Pelo lado dos funcionários, um desrespeito pela clientela (exceto os clientes conhecidos ou recomendados) e uma completa falta de zelo pelos dinheiros públicos (supostamente pertencentes a um dono tão rico quanto incapaz de cobrar). Pelo lado do público, uma atitude de aceitação passiva quanto ao favoritismo, ao nepotismo e todo tipo de privilégios; tolerância e passividade ante a corrupção, a dupla tributação (o imposto mais a propina) e o desperdício de recursos.

Estas observações podem ser associadas a uma convivência secular com o Poder Judiciário no Brasil, marcado pelo formalismo e pela tradição, pelo tratamento diferenciado muitas vezes dispensado às partes e, principalmente, pelo conformismo em relação a uma situação que “sempre foi assim”.

Não fossem tais fatos verdadeiros em relação ao Judiciário em um passado não tão distante, anterior à criação do CNJ, não se teria, por exemplo, a manifestação do Ministro Gilmar Mendes quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.638, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) justamente para questionar a legitimidade correcional do CNJ. Ao comentar a atuação das Corregedorias dos Tribunais em relação às ações dos magistrados, o Ministro afirmou que “até as pedras sabem que elas [as Corregedorias] não funcionam”.

No mesmo trilhar tem-se os dados levantados pelo pesquisador Abhner Youssif Mota Arabi em levantamento realizado junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), o maior do País. De acordo com o autor, no período de uma década para trás até a criação do CNJ, apenas um magistrado foi apenado de maneira máxima em instância administrativa competente (aposentadoria

⁵ Idem, p. 2.

compulsória) e em relação às reclamações contra juízes apresentadas à Corregedoria do TJSP, 96% foram arquivadas sem que houvesse sequer abertura de Processo Administrativo Disciplinar (PAD)⁶.

A passividade da sociedade civil brasileira em relação ao Judiciário estava de fato associada à cultura da não cobrança pela responsabilização, mas este cenário se modifica a partir do alargamento das possibilidades de acesso à justiça, como o aumento no número de *class actions* mencionadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth ou de determinações legais específicas do arcabouço jurídico brasileiro, como a criação dos Juizados de Pequenas Causas e a instituição do Código de Defesa do Consumidor⁷.

Além destes fatores, o entendimento de Ana Carolina Yoshida Hirando Andrade Mota apresenta a CF/1988 como fundamental para a efetivação de ações de controle de atos dos agentes públicos, vez que alguns dispositivos determinam a publicidade (art. 37) e a conseqüente transparência dos atos públicos, do que decorre o questionamento de tais atos e a possibilidade de sanções⁸. Das inovações específicas em relação ao Judiciário, tem-se o art. 93, IX, que determina que todos os julgamentos dos órgãos do Judiciário serão públicos, e serão ainda fundamentadas todas as decisões, ressaltando-se as exceções previstas no mesmo dispositivo.

Estas e outras possibilidades fizeram com que os indivíduos buscassem de maneira contínua o Judiciário como *locus* de efetivação de seus direitos, e, desta forma, passassem a ser mais criteriosos quando da atuação dos sistemas de justiça, suas características, suas falhas e seus acertos.

Mesmo que tenha havido um singelo despertar da sociedade civil brasileira para as questões acerca da *accountability*, muito ainda se deve pesquisar e compreender as diversas formas e possibilidades de responsabilização por falhas institucionais e pessoais de agentes públicos. Desta forma, a fim de melhor

⁶ ARABI, Abhner Youssif Mota. A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do Poder Judiciário. *Caderno Virtual do Instituto Brasileiro de Direito Público*, v. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicosidp.edu.br>>. Acesso em: jun. 2014.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁸ MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirando Andrade. *Accountability no Brasil: os cidadãos e os seus meios institucionais de controle dos representantes*. Tese de Doutorado pela USP. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: jun. 2014.

perceber as propostas de *accountability* representadas pelo CNJ, se faz necessária uma explanação das suas diversas maneiras de apresentação.

Não há que se confundir, primeiramente, *accountability* com ameaça. Sylvie Trosa indica a necessidade da modernização da busca por responsabilidade, não podendo se ter como base a ameaça e a sanção, mas sim disseminando a ideia de que a atuação de acordo com as expectativas éticas e institucionais é de todos⁹. É justamente nesta perspectiva que se enquadra a citação de Adam Smith anteriormente transcrita.

A *accountability* está relacionada, acima de tudo, à cobrança que determinada pessoa exerce sobre si quando sabe da necessidade de prestar contas a outrem. No caso do Poder Judiciário, este outrem não é apenas o CNJ, mas a sociedade como um todo, destinatário imediato da eficiente prestação jurisdicional.

Considerando-se *accountability* como gênero, tem-se a divisão entre *accountability* vertical e horizontal, e tal diferenciação merece ser detalhada para que se enquadre da maneira correta a atuação do CNJ como de *accountability* horizontal¹⁰.

Guillermo O'Donnel é o autor mais referenciado quando se trata de estabelecer a distinção entre *accountability* vertical e horizontal. A primeira tem como exemplo clássico o processo eleitoral, as eleições propriamente ditas. Segundo O'Donnell, *accountability* vertical é exemplificada quando da existência de processo eleitoral livre e transparente, considerando a possibilidade de premiação ou punição de um agente público possuidor de cargo político quando de sua reeleição ou não¹¹.

Tal prêmio ou sanção se estende aos seus aliados ou apoiadores. Para O'Donnel, é ainda exemplo de *accountability* vertical a viabilidade de reivindicações e denúncias de atos de agentes públicos, sempre de cima para baixo, ou seja, considerando-se o povo como titular primeiro do poder soberano.

⁹ TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o Estado se compromete. Brasília: ENAP, 2000.

¹⁰ A competência atribuída ao CNJ pelo art. 103-B, § 4º, II, da CF/1988 de zelar pelo cumprimento do art. 37 da CF pode ser enquadrada como *accountability* horizontal, vez que o CNJ fiscaliza a concretização dos princípios da Administração Pública. Mas a própria concretização destes valores, como, por exemplo, a garantia da publicidade, permite a *accountability* vertical não eleitoral, que não será objeto deste estudo.

¹¹ O'DONNEL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, 1998.

Em relação à *accountability* horizontal, conceito que interessa mais de perto a esta pesquisa, tem-se a definição literal de O'Donnel¹²:

Existência de agências estatais que têm o direito e o poder legal e que estão de fato dispostas e capacitadas para realizar ações, que vão desde a supervisão de rotina a sanções legais ou até o impeachment contra ações ou emissões de outros agentes ou agências do Estado que possam ser qualificadas como delituosas.

Especialmente em países da América Latina, o autor destaca, no entanto, a precariedade da *accountability* horizontal, porque há fragilidade nos valores liberais e republicanos de muitos Estados. Daí Anna Maria Campos indicar como uma das dificuldades para a construção de uma cultura de *accountability* a superação de valores tradicionais (patrimonialismo, clientelismo e favorecimento) por valores emergentes, como o tecnicismo e a meritocracia¹³.

Ilton Norberto Robl Filho, em obra específica sobre o CNJ e a *accountability*, indica detalhadamente diversidades entre a forma vertical e horizontal de responsabilização e porque se referencia especificamente o Poder Judiciário, vital a transcrição¹⁴:

Estruturalmente, *accountability* significa a necessidade de uma pessoa física ou jurídica que recebeu uma atribuição ou delegação de poderes prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política e/ou juridicamente pelas suas atividades. Na *accountability* vertical, os cidadãos sancionam por meio da eleição os agentes estatais eleitos (*accountability* eleitoral) pela ação e pelos resultados dos representantes e a sociedade civil e a imprensa sancionam (por meio de denúncias e exposição pública) agentes estatais eleitos ou não

¹² Idem, p. 40.

¹³ Sobre estes valores negativos e o Judiciário, tem-se o entendimento de Armando Castelar Pinheiro (2005, p. 246): "Na visão de muitos analistas, o Judiciário brasileiro ter-se-ia amoldado, ou acomodado, a essas raízes históricas; a lentidão e o caráter pesadamente burocrático e formalista de seu funcionamento teriam hoje praticamente a permanência de um traço cultural, com baixa probabilidade de mudança com base somente em fatores endógenos".

¹⁴ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

eleitos (uma modalidade de *accountability* vertical não eleitoral ou *accountability* social).

Por sua vez, *accountability* horizontal acontece quando agentes estatais (pessoas físicas ou jurídicas) podem requerer informações ou justificações de outros agentes estatais, além de poder sancioná-los.

Há neste entendimento a delimitação entre as possibilidades de *accountability*, que deixa claro que aquela exercida pelo CNJ não é “de cima para baixo”, como se fosse o CNJ mero sancionador ou controlador das ações do Judiciário, vez que a determinação primeira das agências de *accountability* horizontal é justamente a de “requerer informações” de outros agentes estatais. Além disso, a própria composição do CNJ faz com que o mesmo seja percebido não como um órgão que impõe a submissão e o controle, mas sim como uma agência estatal de monitoramento e aprimoramento.

Tendo em vista a construção de uma cultura de *accountability*, como já dito, os esclarecimentos acerca deste instituto se fizeram necessários para que se passem aos tópicos seguintes, tais sejam a motivação estatal para a concretização de reformas junto à Administração Pública brasileira e a caracterização específica das ações do CNJ como agência de *accountability* horizontal.

2 O NOVO CENÁRIO INSTITUCIONAL: A REFORMA DO ESTADO NO BRASIL E OS REFLEXOS JUNTO AO PODER JUDICIÁRIO

A década de 1980, não por acaso denominada década perdida, marca a grande crise que assolou os Estados da América Latina em seu contexto organizacional e fiscal, crise esta que se deu em razão do próprio modelo de desenvolvimento experimentado pelos países latinos entre as décadas de 1930 e 1970. Luiz Carlos Bresser-Pereira afirma que os fatores que desencadearam a crise se devem principalmente ao modelo nacional-desenvolvimentista marcado por uma forte ingerência do Estado na condução das atividades econômicas¹⁵.

O Brasil não se manteve alheio a esse padrão. Desde a 1ª Guerra Mundial, a ordem econômica nacional estava voltada para um modelo centralizador e intervencionista, notadamente na prestação de serviços públicos, e o Poder Judiciário não estava alheio às práticas excessivamente burocráticas (não no sentido weberiano de burocracia) e personalistas.

¹⁵ BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Um novo Estado para a América Latina. *Novos Estudos*, Rio de Janeiro, Cebrap, n. 50, p. 91, mar. 1998.

Esse ambiente de engessamento da Administração Pública contribuiu negativamente para o alargamento do Estado e uma inflacionada burocratização, situação que em meados da década de 1990 não mais tinha lugar em um ambiente socialmente volátil, haja vista o processo de expansão das liberdades individuais e sociais, proporcionado pela CF/1988.

No Brasil, a proposta de reformulação do Estado se concretiza a partir da divulgação de um relatório do Banco Mundial intitulado “*The State in a changing world*”, do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado e da instituição do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE). As iniciativas de reforma do Estado foram primeiramente aplicadas em países desenvolvidos como a Inglaterra, a Austrália e a Nova Zelândia, e o Brasil se destaca por ter sido o primeiro país em desenvolvimento a pôr em prática tal projeto.

A fim de alcançar objetivos de eficiência e boa administração, o Governo Federal, a partir do primeiro governo de Fernando Henrique Cardoso, inicia uma série de reformas com vistas à reorganização e reposicionamento do Estado em todas as esferas. É fato que a Emenda Constitucional nº 45/2002 é posterior ao governo de Fernando Henrique, mas é inconteste que o projeto de reforma do Estado e modernização de práticas administrativas foi mantido pelos governos seguintes (Luis Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff), *vide* a própria criação do CNJ, decorrente direto deste novo modelo de administração.

Sob o ponto de vista jurídico-organizacional, a maior repercussão da reforma do Estado é a Emenda Constitucional nº 19/1998, conhecida por Emenda Constitucional de Reforma da Administração Pública, responsável, por exemplo, por trazer o princípio da eficiência como fundamental à Administração Pública em qualquer dos Poderes da União.

De acordo com o Plano Diretor da Reforma do Estado, o objetivo da reforma passa pelas seguintes dimensões¹⁶:

[...] a) uma dimensão institucional-legal, voltada à descentralização da estrutura organizacional do aparelho do Estado através da criação de novos formatos organizacionais, como as agências executivas, regulatórias, e as organizações sociais; b) uma dimensão gestão, definida pela maior autonomia e a

¹⁶ BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do Estado. Brasília: Enap, 2000. p. 44.

introdução de três novas formas de responsabilização dos gestores – a administração por resultados, a competição administrada por excelência, e o controle social – em substituição parcial dos regulamentos rígidos, da supervisão e da auditoria, que caracterizam a administração burocrática; e c) uma dimensão cultural, de mudança de mentalidade, visando passar da desconfiança generalizada que caracteriza a administração burocrática para uma confiança maior, ainda que limitada, própria da administração gerencial.

O maior impacto da reforma do Estado junto ao Poder Judiciário se dá a partir da implementação de práticas relacionadas às três dimensões determinadas pelo MARE, senão vejamos: a) dimensão institucional-legal: criação de novos formatos organizacionais, o que se pode verificar mais tarde, com EC 45/2002, e extinção dos Tribunais de Alçada e a própria criação do CNJ; b) dimensão gestão: introdução de novas formas de responsabilização dos gestores e administração por resultados, podendo-se exemplificar a partir das ações de responsabilização determinadas pelo CNJ, no primeiro caso, e administração por resultados, que se concretiza a partir da determinação de cumprimento das “Metas” do CNJ; e, finalmente, c) dimensão cultural: o que se pode perceber pelo movimento de valorização da magistratura, de iniciativas como as semanas de conciliação e mesmo pela aproximação do magistrado da sociedade.

Ainda na esteira das reformas administrativas determinadas pelo Banco Mundial e encampadas pelo Estado brasileiro, havia um programa especial de assessoramento e reforma do Poder Judiciário, fundamentado a partir do Documento Técnico 319, intitulado “O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos de reforma”¹⁷. Este documento não foi imediatamente utilizado pelo Governo brasileiro, vez que a reforma do Poder Judiciário de fato acontece a partir dos anos 2000, mas as indicações do relatório foram determinantes para este processo de mudança e permanecem sendo um desafio para o Poder Judiciário, como se tem a seguir.

¹⁷ WORLD BANK. The judicial sector in the Latin America and the Caribbean: elements of reform. Washington, D.C., World Bank, 1997a. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/06/01/000009265_3961214163938/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: jun. 2014.

Entre as reformas propostas pelo Banco Mundial, destacam-se: a) garantia da independência do Poder Judiciário por meio de provisão orçamentária própria, mecanismos claros de nomeações de juízes e instituição de mecanismos de responsabilização; b) aprimoramento administrativo das Cortes; c) adoção de reformas da legislação processual; d) implantação de mecanismos alternativos de resolução de conflitos; e) ampliação do acesso à justiça; f) incorporação de questões de gênero no processo de reforma; e f) redefinição e/ou expansão do ensino jurídico, programas de estágio para estudantes e treinamento para juízes e advogados¹⁸.

Alguns destes objetivos, pelo menos no Brasil, não dizem respeito diretamente ao Poder Judiciário, como a questão do ensino jurídico, e outros ainda não foram implementados em sua totalidade ou de maneira satisfatória, mas outros, em contrapartida, são facilmente identificados no processo de reforma pelo qual passou o Judiciário, como a instituição de mecanismos de responsabilização, reformas na legislação processual, gestão dos Tribunais e, principalmente, a expansão do acesso à justiça.

Em análise específica sobre o relatório do Banco Mundial, o Juiz Antônio Veloso Peleja Júnior indica as possibilidades que fazem um “Judiciário ideal”, ao se confirmar a existência dos seguintes fatores: “a) previsibilidade nos resultados dos processos; b) acessibilidade às Cortes pela população em geral, independente de nível salarial; c) tempo razoável de julgamento e d) recursos processuais adequados”¹⁹.

Levando-se em consideração tais elementos, verifica-se que o Judiciário brasileiro, embora não seja o “Judiciário ideal”, tem se esforçado no sentido de garantir principalmente a acessibilidade às Cortes, restando os demais elementos como grandes desafios.

Sobre a duração do processo e a questão da previsibilidade das decisões judiciais, o estudo realizado por Armando Castelar Pinheiro indica que a morosidade (que leva a uma duração não razoável do processo) tem duas causas fundamentais. A primeira é o grande número de demandas judicializadas não para se buscar de fato um direito, mas justamente para, explorando a lentidão

¹⁸ O Banco Mundial faz referência expressa em seu relatório às especificidades regionais, a fim de não se estabelecer, neste relatório, um modelo pronto e único de reformas, mas sim um indicativo (World Bank, 1997a, p. 7).

¹⁹ PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 100.

do Judiciário, adiar o cumprimento de uma obrigação. A outra causa inclui questões específicas do funcionamento do Judiciário, como a carência de recursos humanos, a legislação inflacionada e a forma de atuação dos juízes e demais operadores do Direito, apegados excessivamente ao formalismo²⁰.

Quanto aos recursos processuais adequados, esta característica acaba por se relacionar à morosidade e necessidade de duração razoável do processo e diz respeito à importância em se ter uma instância revisora, ainda que os recursos sejam condicionados à demonstração de um erro ou uma divergência em relação a precedentes estabelecidos anteriormente. Mas tal característica não pode dar margem a uma excessiva e injustificada demora na prestação jurisdicional.

Quanto à previsibilidade das decisões, Armando Castelar Pinheiro aponta como grande problema a judicialização de conflitos políticos e a politização do Judiciário, nos seguintes termos²¹:

Entende-se o primeiro como a tendência dos poderes políticos transferirem para o Judiciário disputas de caráter eminentemente político, que não são resolvidos nas esferas apropriadas. Um caso particular, mas muito importante desse fenômeno diz respeito ao processo legislativo, no qual, na incapacidade de produzir maiorias que permitam aprovar leis definidas, aprovam-se textos gerais e, por vezes, ambíguos, que é o máximo factível em uma arena política muito fragmentada. Transfere-se o ônus de clarificar e resolver essas coisas ao Judiciário, que fica responsável por arbitrar conflitos políticos, em vez de simplesmente “aplicar a lei”. Enquanto a judicialização da política, em particular a transferência para o Judiciário da responsabilidade por tornar a legislação mais precisa e consistente, é uma fonte de imprevisibilidade imposta de fora para dentro, o seu fenômeno dual, a politização das decisões judiciais, resulta de um posicionamento próprio dos juízes. Esse posicionamento pode traduzir uma

²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 244-284.

²¹ Idem, p. 262-263.

tentativa de favorecer grupos sociais mais fracos, como trabalhadores e pequenos devedores, ou simplesmente a visão política do juiz sobre a questão em disputa.

Ao se verificar a atuação política do juiz, percebe-se que a previsibilidade das decisões resta comprometida não porque se trazem valores pessoais para a decisão, como é sabido e previsível (juízes conservadores tendem a decidir de maneira conservadora), mas esta previsibilidade comprometida diz respeito à atuação do juiz não como mediador de um conflito, mas como agente inclinado a se posicionar de forma política muito mais que de forma jurídica.

É na busca por este “Judiciário ideal” que se fundamenta também a criação do Conselho Nacional de Justiça, vez que aliado ao papel de agente de *accountability* horizontal está o de zelar e contribuir para que a prestação jurisdicional seja garantida, efetivada e realizada dentro de padrões e princípios da melhor Administração Pública, tais sejam os da moralidade, eficiência e efetividade, sempre em benefício da sociedade. Não por acaso é esta a missão do órgão, que se detalha a seguir.

3 O CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA COMO MECANISMO DE ACCOUNTABILITY HORIZONTAL

Criado pela Emenda Constitucional nº 45/2002 e inserido na Constituição Federal como órgão do Poder Judiciário no art. 92, I-A, o CNJ atua em várias frentes, todas diretamente ligadas à prestação jurisdicional em benefício da sociedade. São atribuições do CNJ, definidas pelo próprio órgão: a) zelar pela autonomia e independência do Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura; b) em relação à gestão do Poder Judiciário, é o responsável pelo planejamento estratégico, plano de metas e programa de avaliação institucional; c) prestar serviços à sociedade civil, recebendo reclamações, petições eletrônicas e representações contra membros e órgãos do Poder Judiciário, incluindo serviços auxiliares; c) é responsável pelos julgamentos de processos disciplinares, tendo poder de aplicar sanções; d) buscando a eficiência da prestação de serviços judiciais, elabora e publica semestralmente relatório estatístico sobre movimentação processual e outros indicadores pertinentes à atividade jurisdicional em todo o País²².

²² CNJ. Conselho Nacional de justiça. Sobre o CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: jun. 2014.

A intenção de reformar o Poder Judiciário é muito anterior à criação do CNJ propriamente dita, eis que em 1992 foi apresentada a primeira proposta de reforma junto ao Congresso Nacional. Dois fatores justificavam sobremaneira a necessidade de se revisar a composição e o funcionamento do Judiciário.

O primeiro, a composição extremamente heterogênea do Poder Judiciário no Brasil, sem que haja padrões comuns de funcionamento e organização. São Tribunais estaduais, federais, especializados, gerais... cada um funcionando com regras próprias, ainda que todos estejam a serviço da Justiça. A partir da direção administrativa de um único órgão, procurou se estabelecer diretrizes e padrões de funcionamento que tivessem como resultado a padronização quanto à administração de recursos financeiros, procedimentos de informatização e gestão de informações²³.

Outro motivo para a criação do CNJ era justamente a desconfiança e o corporativismo da magistratura²⁴. Era necessário se restabelecer a credulidade do Judiciário e para isso nada melhor do que findar práticas de favorecimento entre os pares, principalmente porque não há possibilidade de *accountability* vertical eleitoral e popular junto ao Judiciário, vez que não há processo eleitoral para a escolha de seus componentes.

Houve e ainda há certa resistência ao trabalho desempenhado pelo CNJ e em muito isso se deve à atribuição equivocada do Conselho como um órgão exclusivamente de controle externo. Mas a própria composição e atuação dos membros do Conselho não reflete esse equívoco. O CNJ é composto por 15 conselheiros, todos avindos das instituições do sistema de justiça, a saber: nove magistrados, dois membros do Ministério Público, dois advogados e dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada. O mandato destes conselheiros é de dois anos, e as suas atribuições estão determinadas no Regimento do Conselho²⁵. Mais da metade dos membros é de juízes, e o presidente do STF acumula também a função de presidente do CNJ. Vê-se, pois, que não se trata

²³ DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. O Conselho Nacional de Justiça e o controle democrático do Poder Judiciário: uma realidade possível? Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://uol11.unifor.br/oul/conteudosite/F1066346356/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: jun. 2014.

²⁴ Idem.

²⁵ CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/regimento>>. Acesso em: jun. 2014.

em absoluto de controle externo do Judiciário, vez que os Conselheiros, em sua maioria, são membros do mesmo Poder²⁶.

Considerado um órgão concebido a partir de um novo modelo de administrar a coisa pública e, conseqüentemente, a justiça, o CNJ permite que qualquer cidadão provoque a sua atuação. Para tanto, basta que a representação esteja relacionada à competência institucional do Conselho, bem como que atenda às determinações e aos requisitos do art. 42 do Regimento Interno do CNJ (RICNJ). Essa adequação ao novo desenho da Administração Pública brasileira também se reflete nas disposições do art. 4º, II, do RICNJ, pois é compromisso deste Conselho zelar pela “observância do art. 37 da CF/1988 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário”.

A partir deste dispositivo se iniciam as análises acerca da atribuição de *accountability* ao CNJ, determinando-se também a variação qualitativa deste modelo de responsabilização, o que se faz lembrando que a *accountability* pode ser vertical e horizontal e que se pretende explicitar aqui se reflete no último modelo.

Reconhecendo-se que a modalidade de *accountability* atribuída ao CNJ é majoritariamente horizontal, a partir de um colegiado formado em sua maioria por seus pares, tem-se a definição deste modelo de responsabilização, especificamente junto ao Poder Judiciário, como *accountability* judicial, que, por sua vez, pode ser detalhada em decisional, comportamental e institucional.

Na diferenciação de cada uma dessas possibilidades de responsabilização, utilizar-se-á a lição de Ilton Norberto Robl Filho a partir de obra específica sobre o assunto²⁷. A *accountability* judicial propriamente dita é aquela a qual se submete especificamente o Poder Judiciário. A judicial decisional se configura na possibilidade de requerer informações e justificativas a partir das decisões judiciais²⁸; por judicial comportamental tem-se a ideia de recebimento de informações e justificativas sobre o comportamento dos magistrados, levando

²⁶ Ainda que o art. 4º do Regimento do CNJ trate de “controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário”, o termo se volta mais às questões de administração e gestão que propriamente de domínio.

²⁷ ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30-31.

²⁸ A modalidade *accountability* judicial decisional não se aplica ao CNJ, vez que este não exerce poder jurisdicional originário ou recursal.

em consideração questões como honestidade, integridade e produtividade. Por fim, a *accountability* judicial institucional tem por objetivo buscar informações e justificativas sobre as questões não jurisdicionais, tais como administração, orçamento e relação do Judiciário com outros poderes.

Tratando-se da possibilidade de *accountability* comportamental, vê-se que não é apenas o CNJ que regulamenta e disciplina a matéria. A própria Lei Orgânica da Magistratura (LOMAN), anterior ao CNJ, determina no art. 35 deveres aos magistrados. Deveres estes que estão diretamente relacionados com os princípios da boa Administração Pública e que podem fazer com que se chegue ao “Judiciário ideal” no modelo indicado pelo Banco Mundial. São deveres do magistrado, por exemplo, não exceder injustificadamente os prazos para sentenciar ou despachar; tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça; atender aos que o procurarem; residir na sede da Comarca; manter conduta irrepreensível na vida pública e particular.

O que se depreende a partir da leitura da LOMAN é que os deveres do magistrado são fundamentais para a *accountability* judicial comportamental, porque são, na verdade, um rol de comandos. Além do mais, as determinações da LOMAN também podem ser vistas como decorrentes dos princípios que norteiam toda a Administração Pública, e daí se configurar a atuação do CNJ nos termos do art. 4º, II, do RICNJ, vez que dizem respeito às questões como imparcialidade, razoabilidade e eficiência.

A *accountability* horizontal institucional está vinculada à administração da Justiça e tem como principal alicerce o princípio da publicidade. O art. 4º do RICNJ determina, entre as competências do Plenário, algumas que dizem respeito à atribuição gerencial e administrativa do Conselho, como se vê a seguir.

É da competência do CNJ elaborar relatórios estatísticos sobre processos e outros indicadores relacionados à atividade jurisdicional (art. 4º, IX); cabe ainda ao CNJ (art. 4º, XII) a elaboração de relatório anual que verse sobre a avaliação de desempenho de Juízos e Tribunais, com publicação de dados estatísticos sobre cada um dos ramos do sistema de justiça em todas as regiões e em todos os graus de jurisdição, discriminando dados quantitativos sobre execução orçamentária, movimentação e classificação processual, recursos humanos e tecnológicos.

Ainda em relação à atividade gerencial, tem o CNJ a obrigação de definir e fixar, em sessão plenária de planejamento especialmente convocada para este fim, o planejamento estratégico, os planos de metas e os programas de

avaliação institucional do Poder Judiciário, visando ao aumento da eficiência, da racionalização e da produtividade do sistema, bem como ao maior acesso à Justiça (art. 4º, XIII).

O que se percebe é que muitas das atividades relacionadas à justiça, sua prestação e administração, bem como à atuação dos magistrados, cabem ao CNJ, mas este não é competente para rever e modificar decisões judiciais, o que faria com que a sua natureza fosse desvirtuada, deixando de ser agência administrativa de controle gerencial e comportamental, e passando a ser instância revisional de correção. Em nenhum momento se atribuiu ao CNJ esta função, até mesmo porque isso poderia comprometer a atuação naquilo para o qual ele foi especificamente projetado e concretizado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito se espera do Poder Judiciário, e não é por acaso. A este é atribuída talvez a mais nobre das funções dos Poderes da República, tal seja a concretização da justiça. Desde a instalação das primeiras Cortes no Brasil, se tem a ideia de um sistema excessivamente formal, tradicional, distante dos anseios sociais e isento de qualquer responsabilidade.

Porém, este quadro não se perpetua, principalmente com o advento da Constituição Federal de 1988, que determina não apenas um novo modelo político, mas posteriormente uma completa modificação no cenário institucional administrativo brasileiro, onde se encontra também o Poder Judiciário.

Aliadas às reformas da Administração Pública, surgem algum tempo depois as reformas do Poder Judiciário, e entre elas a maior, sem sombra de dúvidas, é a criação do Conselho Nacional de Justiça, a partir da Emenda Constitucional nº 45/2002.

Na esteira deste novo modelo de Administração Pública, em que se prioriza a publicidade e transparência dos atos públicos, bem como a responsabilização dos mesmos, nada mais óbvio que se esperar do Judiciário uma ação neste sentido, vez que os seus membros mais importantes, os magistrados, não poderiam permanecer presos a valores sociais ultrapassados. Diz-se óbvio porque em sendo o Judiciário responsável pela administração da justiça, outras não poderiam ser as ações senão aquelas que promovessem a modernização, eficiência e garantia da boa prestação jurisdicional.

Por muito tempo o Judiciário enfrentou uma “crise de credulidade” junto à sociedade brasileira. Muitos cidadãos percebiam a justiça como custosa, distante

e ineficaz, e essa situação efetivamente precisava ser alterada. Além do mais, não havia suficiente transparência e publicidade junto a alguns atos relacionados à administração da justiça, como a questão dos gastos do Poder Judiciário.

Assim, o fortalecimento da *accountability* junto ao Poder Judiciário fez-se mais que necessário, não para retirar ou mesmo diminuir as garantias próprias da Magistratura, o que seria inclusive um retrocesso se considerarmos a independência funcional como fundamental à imparcialidade das decisões. A necessidade de responsabilização se dava mais no sentido de viabilizar uma eficiente e transparente administração da justiça e de todos os serviços que lhes são correlatos.

A atribuição de *accountability* horizontal por meio do CNJ não apenas legitima publicamente o trabalho realizado pelo Poder Judiciário, como pode trazer de volta a crença em um sistema judicial eficaz, imparcial e comprometido com a garantia da melhor justiça possível.

Deve se ressaltar, ainda, que sobre o magistrado pesa não apenas a responsabilização institucional, mas principalmente a repercussão de seus atos, pois a sociedade, destinatária imediata dos serviços da justiça, pode agora acompanhar mais de perto a administração da mesma e de seus componentes. Vale ainda ressaltar que as possibilidades de responsabilização a partir do CNJ não são as únicas que alcançam o magistrado. Além das determinações e vedações da Lei Orgânica da Magistratura, sobre ele existem ainda as vedações constitucionais, ou seja, não se pode mais dizer que a Magistratura não tem e não reconhece limites. Estes existem e estão perfeitamente positivados e esclarecidos, seja do ponto de vista institucional, a partir da atuação do CNJ, seja do ponto de vista social, a partir da exposição diária a que está submetido o magistrado, simplesmente por ser agente de transformação e aplicação da justiça.

REFERÊNCIAS

ARABI, Abhner Youssif Mota. A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do Poder Judiciário. *Caderno Virtual do Instituto Brasiliense de Direito Público*, v. 1, 2012. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicosidp.edu.br>>. Acesso em: jun. 2014.

BRASIL. Ministério da Administração e Reforma do Estado. Plano diretor da reforma do Estado. Brasília: Enap, 2000.

BRESSER-PEREIRA, Luis Carlos. Um novo Estado para a América Latina. *Novos Estudos*, Rio de Janeiro, Cebrap, n. 50, mar. 1998.

CAMPOS, Anna Maria. *Accountability*: quando poderemos traduzi-la para o português? *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, p. 1-23, fev./abr. 1990.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Como peticionar ao CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/como-peticionar-ao-cnj>>. Acesso em: jun. 2014.

_____. Regimento Interno. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/regimento>>. Acesso em: jun. 2014.

_____. Sobre o CNJ. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/como-peticionar-ao-cnj>>. Acesso em: jun. 2014.

_____. Transparência e controle. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sobre-o-cnj/transparencia>>. Acesso em: jun. 2014.

DEOCLECIANO, Pedro Rafael Malveira. O Conselho Nacional de Justiça e o controle democrático do Poder Judiciário: uma realidade possível? Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Disponível em: <<http://uol11.unifor.br/oul/conteudosite/F1066346356/Dissertacao.pdf>>. Acesso em: jun. 2014.

MOTA, Ana Carolina Yoshida Hirano Andrade. *Accountability* no Brasil: os cidadãos e os seus meios institucionais de controle dos representantes. Tese de Doutorado pela USP. São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br>>. Acesso em: jun. 2014.

O'DONNEL, Guillermo. *Accountability* horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 44, p. 27-52, 1998.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. *Conselho Nacional de Justiça e a magistratura brasileira*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e economia no Brasil. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.). *Direito e economia*: análise econômica do Direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. *Conselho Nacional de Justiça: Estado Democrático de Direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

SMITH, Adam. *A teoria dos sentimentos morais*. Trad. Lya Luft. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

TROSA, Sylvie. *Gestão pública por resultados*: quando o Estado se compromete. Brasília: ENAP, 2000.

WORLD BANK. World Development Report, 1997. The State in a changing world. Washington, D.C., World Bank, 1997. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/5980>>. Acesso em: jun. 2014.

_____. The judicial sector in the Latin America and the Caribbean: elements of reform. Washington, D.C., World Bank, 1997a. Disponível em: <http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/1996/06/01/000009265_3961214163938/Rendered/PDF/multi_page.pdf>. Acesso em: jun. 2014.

EDUCAÇÃO ESCOLAR INDÍGENA NO DIREITO BRASILEIRO: DO PARADIGMA INTEGRACIONISTA AO PARADIGMA DO DIREITO A UMA EDUCAÇÃO DIFERENCIADA

*INDIGENOUS SCHOOL EDUCATION IN THE BRAZILIAN LAW: THE
INTEGRATIONIST PARADIGM TO THE PARADIGM OF THE RIGHT TO A
DIFFERENTIATED EDUCATION*

Paulo Gilberto Cogo Leivas¹
Procurador Regional da República

Roger Raupp Rios²
Juiz Federal

Gilberto Schäfer³
Juiz de Direito do Estado do Rio Grande do Sul

RESUMO: A legislação educacional indigenista no Brasil, desde a colônia até a promulgação da Constituição Federal de 1988, inclusive o Estatuto do Índio, teve o objetivo claro de integração dos indígenas ao modo de vida da sociedade envolvente, com o fim de formar trabalhadores e fiéis cristãos. A intenção era que os indígenas deixassem de ser indígenas. O novo paradigma da diferença e do reconhecimento, estabelecido na Constituição Federal de 1988 e na Convenção n^o 169 da Organização Internacional do Trabalho,

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFRGS), Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter.

² Mestre e Doutor em Direito (UFRGS), Professor do Programa de Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter.

³ Vice-Presidente Administrativo da Ajuris - Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Doutor em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, Professor Titular dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação e Mestrado em Direitos Humanos da UniRitter.

impõe ao Estado brasileiro uma mudança significativa em suas políticas de educação escolar indígena, que deve ser diferenciada, intercultural, bilíngue e de qualidade. Os instrumentos normativos sobre educação indígena editados a partir da promulgação da CF/1988 estão em conformidade com esse novo paradigma.

PALAVRAS-CHAVE: Legislação indigenista; direito à educação; educação escolar indígena; direito à diferença; Convenção nº 169/OIT.

ABSTRACT: *The indigenous educational legislation in Brazil since colonial times until the promulgation of the Federal Constitution of 1988, including the Statute of the Indians, had the clear objective of integration of the indigenous in the way of life of the surrounding society in order to train workers and faithful Christians. The intention was that the Indians were no longer Indians. The new paradigm of difference and recognition, established in the Federal Constitution of 1988 and the Convention nº 169 of the International Labour Organization, imposes to the Brazilian state a significant change in their policies for indigenous school education, which should be differentiated, intercultural, bilingual and quality. The legal instruments on indigenous education edited from the enactment of CF/1988 are in accordance with this new paradigm.*

KEYWORDS: *Indigenous law; right to education; indigenous school education; right to difference; Convention nº 169/ILO; Convention.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O projeto de uma educação indigenista integracionista; 2 O reconhecimento do direito à educação diferenciada na Constituição de 1988 e na Convenção nº 169/OIT; 3 A legislação escolar indigenista após a Constituição Federal de 1988; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The integrationist indigenous education Project; 2 The right to a differentiated education in the 1988 Constitution and in the Convention nº 169; 3 The indigenous educational law after the Brazilian Constitution of 1988; Final remarks; References.*

INTRODUÇÃO

Até recentemente, as ações voltadas à educação escolar indígena⁴ visavam à integração dos indígenas ao modo de vida cultural e econômico da sociedade envolvente.

⁴ Chamamos de educação escolar indígena a educação ofertada pelos sistemas de ensino às comunidades indígenas. Por educação indígena denominamos a educação realizada pelas próprias comunidades indígenas segundo seus usos, seus costumes e suas tradições.

A Constituição Federal de 1988 marca normativamente o novo paradigma de reconhecimento⁵ das identidades étnicas diferenciadas dos povos indígenas brasileiros e impõe um novo modelo de educação escolar indígena de educação bilíngue e diferenciada.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)⁶ reforça esse modelo de educação diferenciada, ao garantir o direito desses povos de criar as suas próprias instituições e os seus sistemas de educação (art. 27.3) e o dever dos Estados de transferir progressivamente a execução dos programas educacionais aos indígenas (art. 27.2).

Esse artigo se propõe a analisar o conjunto dos principais instrumentos e disposições normativas sobre a educação escolar normativa desde o tempo do Brasil-colônia até os dias de hoje, com o objetivo de analisar a inclusão de cada instrumento normativo dentro do paradigma assimilacionista, que guiou as políticas e ações educacionais indigenistas por quase quatro séculos no Brasil, ou no novo paradigma de reconhecimento de uma educação escolar diferenciada, implantado pela Constituição Federal de 1988 e pela Convenção nº 169 da OIT.

1 O PROJETO DE UMA EDUCAÇÃO INDIGENISTA INTEGRACIONISTA

O período que vai do século XVI ao século XIX é marcado por ações educacionais dentro do projeto de catequese missionária realizada exclusivamente por missionários católicos, principalmente jesuítas, que agiam por delegação da Coroa portuguesa⁷.

O Regimento das Missões, de 1724, conferiu expressamente aos jesuítas poder temporal e espiritual sobre os índios aldeados, *in verbis*: “Os Padres da

⁵ Para Nancy Fraser, as demandas por reconhecimento cultural e da diferença têm por objetivo remediar as injustiças culturais sofridas por grupos mobilizados sob a bandeira de etnicidade, gênero, raça, etc. (FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, n. 14/15, p. 1-382, 2006).

⁶ Convenção nº 169/OIT, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

⁷ NASCIMENTO, André Marques. *Português intercultural: fundamentos para a educação linguística de professores e professoras indígenas em formação superior específica numa perspectiva intercultural*. Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Letras, Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística, 2012.

Companhia terão o governo, não só espiritual, que antes tinhaõ, mas o politico, & temporal das aldeas de sua administração” [sic]⁸.

Em 1755 foi editado o Diretório dos Índios, também chamado de Diretório Pombalino, que manteve as linhas gerais do Regimento das Missões, entretanto, enquanto o Regimento enfatiza a catequese, o Diretório prioriza a ideia de civilização com o fim de transformação dos índios em súditos agricultores⁹.

O Diretório dos Índios cria o cargo de Diretor, que substitui os jesuítas no exercício dos poderes temporais; proíbe as línguas nativas e impõe a obrigatoriedade do uso do português; prevê escolas separadas para meninos e para meninas, com a incumbência de *civilizá-los* [sic] e ensinar as meninas a exercer os *ministérios próprios do sexo* [sic]¹⁰.

A Constituição do Império, em sua redação originária, nada previu sobre as populações indígenas. Entretanto, a Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834, adicionou à Constituição um dispositivo que dispunha sobre competências cumulativas das províncias e do Império para promover a catequese e a civilização dos indígenas, constitucionalizando, portanto, os dois principais objetivos das políticas e normas dirigidas aos indígenas desde o período colonial: catequizá-los e civilizá-los, ou seja, transformá-los em súditos cristãos e trabalhadores¹¹.

⁸ PORTUGAL, Regimento & Leys sobre as Missoens do Estado do Maranhão, & Parà, & sobre a liberdade dos Índios - Impresso por ordem de El-Rey nosso Senhor. Lisboa Occidental: na Officina de Antonio Manescal, impressor do Santo Officio, & livreiro de Sua Magestade, 1724. Disponível em: <<http://purl.pt/15102/3/>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

⁹ ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Os índios na história do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010. p. 109 ss.

¹⁰ Diz o item 6 do Diretório: “Sempre foi máxima inalteravelmente praticada em todas as Nações, que conquistaram novos Domínios, introduzir logo nos povos conquistados o seu próprio idioma, por ser indisputável, que este é um dos meios mais eficazes para desterrar dos Povos rústicos a barbaridade dos seus antigos costumes [...] será um dos principais cuidados dos Diretores, estabelecer nas suas respectivas Povoações o uso da Língua Portuguesa, não consentindo por modo algum, que os Meninos, e as Meninas, que pertencerem às Escolas, e todos aqueles Índios, que forem capazes de instrução nesta matéria, usem da língua própria das suas Nações, ou da chamada geral; mas unicamente da portuguesa [...]” (PORTUGAL. Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará e Maranhão, enquanto Sua Majestade não mandar o contrário, de 3 de maio de 1757. Disponível em: <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=704>. Acesso em: 21 jan. 2014). Há uma versão transcrita para o português contemporâneo, da qual foi retirada a citação *supra*: <http://www.nacaomestica.org/diretorio_dos_indios.htm>. Acesso em: 21 jan. 2014.

¹¹ “Art. 11. Também compete às Assembleias Legislativas provinciais: [...] 5º) Promover, cumulativamente com a Assembleia e o Governo Geral, a organização da estatística da Província, a catequese, a civilização dos indígenas e o estabelecimento de colônias.” (BRASIL. Lei nº 16, de 12 de agosto de

Embora revogado pela Carta Régia de 1798, muitas diretrizes do Diretório continuaram em vigor até o estabelecimento de uma nova política indigenista instituída pelo Regulamento das Missões, em 1845 (“Regulamento ácerca das Missões de catechese, e civilização dos Indio”)¹².

O Regulamento das Missões cria os cargos do Diretor Geral de Índios em cada província, nomeado pelo Imperador, e do Diretor de aldeia, que tinha poderes de tutela, tais como administrar os bens dos indígenas e distribuir os índios para os serviços públicos, inclusive militares. A função de educação era delegada a missionários católicos (art. 6º), embora o Diretor Geral pudesse propor às assembleias provinciais a criação de escolas de “Primeiras Letras”, onde “não baste o missionário para este ofício”¹³.

Em 1910, com a criação do Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPI-LTN)¹⁴, as ações de educação escolar indígenas deixaram de ser delegadas a religiosos¹⁵. Além disso, embora essa norma falasse em proteção dos indígenas, o SPI-LTN continuou com uma política clara de promover a integração dos indígenas à sociedade envolvente, inclusive resistindo à pressão da Unesco para a implantação de uma educação bilíngue¹⁶.

Uma mudança nas políticas educacionais indigenistas só veio a ocorrer com o Estatuto do Índio, em 1973, que, embora continue a formular

1834. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-16-12-agosto-1834-532609-publicacaooriginal-14881-pl.html>>. Acesso em: 21 jan. 2014)

¹² CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *Legislação indigenista no século XIX: uma compilação* (1808-1889). São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992. p. 146 et seq.

¹³ Id., p. 191-199.

¹⁴ BRASIL, Decreto no 8.072, de 20 de junho de 1910: “Art. 2º A assistência de que trata o art. 1º terá por objecto: [...] 16, ministrar, sem character obrigatorio, instrucção primaria e profissional aos filhos de indios, consultando sempre a vontade dos paes [...]. Art. 15. Cada um dos antigos aldeamentos, reconstituídos de accôrdo com as prescripções do presente regulamento, passará a denominar-se ‘Povoação Indigena’, onde serão estabelecidas escolas para o ensino primario, aulas de musica, officinas, machinas e utensilios agricolas, destinados a beneficiar os productos das culturas, e campos apropriados a aprendizagem agricola. Paragrapho unico. Não será permitido, sob pretexto algum, coagir os indios e seus filhos a qualquer ensino ou aprendizagem, devendo limitar-se a acção do inspector e de seus auxiliares a procurar convencil-os, por meios brandos, dessa necessidade”.

¹⁵ O processo de laicização das políticas indigenistas desenvolvido pelo SPI gerou fortes reações de grupos conservadores e católicos, que defendiam a restauração da catequese (GAGLIARDI, José Mauro. *O indígena e a República*. São Paulo: Hucitec, Editora da Universidade de São Paulo, 1989).

¹⁶ NASCIMENTO, André Marques. *Português intercultural: fundamentos para a educação linguística de professores e professoras indígenas em formação superior específica numa perspectiva intercultural*, p. 33.

explicitamente o objetivo de integração dos indígenas à “comunhão nacional”¹⁷, admite “adaptações” do sistema de ensino das populações indígenas (art. 48) e determina que a alfabetização se dê na língua nativa e em português (art. 49)¹⁸.

Tendo em vista a obrigação legal do ensino bilíngue, a Funai começou, então, a investir na formação de monitores indígenas para atuarem como educadores em suas comunidades. Contudo, isso não significou uma política de reconhecimento e respeito aos modos de vida próprio de cada comunidade, pois o uso das línguas indígenas servia apenas como instrumento para o ensino do português e, com isso, possibilitar a integração. Isso fica evidenciado no fato de que, para a adoção de uma educação bilíngue, a Funai tenha firmado convênio com o Summer Institute of Linguistics (SIL)¹⁹, uma instituição religiosa norte-americana, cujo objetivo principal era o de converter os povos indígenas à religião protestante²⁰.

Além disso, o Estatuto do Índio foi editado enquanto vigente a Convenção nº 107 da OIT, hoje revogada pela Convenção nº 169, que dispunha explicitamente sobre os propósitos integracionistas da educação escolar indígena: “Art. 24. O ensino primário deverá ter por objetivo dar às crianças pertencentes às populações interessadas conhecimentos gerais e aptidões que as auxiliem a se integrar na comunidade nacional”²¹.

¹⁷ “Art. 1º Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.” (BRASIL. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 – Estatuto do Índio).

¹⁸ “Art. 48. Estende-se à população indígena, com as necessárias adaptações, o sistema de ensino em vigor no País. Art. 49. A alfabetização dos índios far-se-á na língua do grupo a que pertençam, e em português, salvo o uso da primeira. Art. 50. A educação do índio será orientada para a integração na comunhão nacional mediante processo de gradativa compreensão dos problemas gerais e valores da sociedade nacional, bem como do aproveitamento das suas aptidões individuais.”

¹⁹ No Brasil, o SIL utilizou a estratégia de parcerias no meio acadêmico, ao contrário de outros países latino-americanos em que desenvolveu estratégia de alianças com a burocracia estatal (BARROS, Maria Cândida Drumond Mendes. A missão *Summer Institute of Linguistics* e o indigenismo latino-americano: história de uma aliança (décadas de 1930 a 1970). *Revista de Antropologia*, v. 47, n. 1, p. 45-85, 2004).

²⁰ NASCIMENTO, André Marques. *Português intercultural: fundamentos para a educação linguística de professores e professoras indígenas em formação superior específica numa perspectiva intercultural*.

²¹ Organização Internacional do Trabalho, Convenção nº 107/OIT, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.

Portanto, o caráter assimilacionista que caracteriza este período tem como horizonte final o desaparecimento dos indígenas enquanto grupos culturalmente diferenciados²².

2 O RECONHECIMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO DIFERENCIADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA CONVENÇÃO Nº 169/OIT

A Constituição Federal de 1988 não repetiu o dispositivo que constou em todas as constituições republicanas (com exceção da Constituição de 1937), que dispunha a incorporação dos indígenas à comunhão nacional.

Mas foi muito além disso. O amplo reconhecimento de direitos dos indígenas pela Constituição Federal de 1988 constitui uma verdadeira mudança de paradigma normativo, que resultou de um amplo debate no âmbito da antropologia nacional, com a adesão à teoria da diversidade cultural e o abandono das teorias evolucionistas, bem como pela pressão do movimento indígena e por forças políticas antes e durante a Assembleia Nacional Constituinte²³.

O enunciado normativo disposto no *caput* do art. 231 da Constituição é o que expressa com maior clareza e força desse novo paradigma normativo do reconhecimento do direito à diferença²⁴:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Já o art. 215, § 1º, da Constituição Federal, ao declarar que as manifestações das culturas indígenas (ao lado de outras manifestações culturais) fazem parte do processo civilizatório nacional, promove a superação de uma concepção de civilização colonialista e de monismo cultural.

²² RIOS, Roger Raupp. *Direito da antidiscriminação*: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 141.

²³ KAYSER, Hartmut-Emmanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil*: desenvolvimento histórico e estágio atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010. p. 207-215.

²⁴ Sobre o direito à diferença como manifestação do reconhecimento das identidades indígenas e do pluralismo, na perspectiva do direito da antidiscriminação, ver RIOS, Roger Raupp. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. *Direitos Fundamentais e Justiça*, a. 6, n. 18, p. 169-179, jan./mar. 2012.

Assim, a sociedade “pluralista e sem preconceitos” referida no preâmbulo da Constituição é a expressão do reconhecimento, em nível constitucional, do pluralismo cultural do Estado brasileiro, devendo ser respeitados, protegidos e promovidos seus costumes, suas línguas, suas crenças e suas tradições.

Não haveria como proteger e promover os costumes indígenas e as tradições sem que fosse garantida aos indígenas uma educação diferenciada e bilíngue. A Constituição avança também nesse tema, ao prescrever o direito dos indígenas ao uso das línguas indígenas e processos próprios de aprendizagem²⁵:

Art. 210. [...]

[...]

§ 2º O ensino fundamental regular será ministrado em língua portuguesa, assegurada às comunidades indígenas também a utilização de suas *línguas maternas e processos próprios de aprendizagem*. (grifo nosso)

No mesmo sentido, a Convenção nº 169 determina que os Estados reconheçam e respeitem os valores e as práticas dos povos indígenas e tribais (art. 5º), que terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento (art. 7º) e seus costumes e suas instituições (art. 8º).

A Parte VI da Convenção trata da educação e dos meios de comunicação, inclusive com a previsão de o direito desses povos criarem suas próprias instituições e seus sistemas de educação (art. 27.3), e a transferência progressiva da execução dos programas educacionais (art. 27.2), garantindo-lhes a educação em suas línguas de origem (art. 28), bem como ordenando que todos os setores da comunidade nacional engajem-se em medidas de caráter educacional com vistas a eliminar o preconceito que possam ter em relação a esses povos (art. 31).

O direito de estabelecer e controlar os seus próprios sistemas educacionais, com recursos dos Estados destinados para esse propósito, será reafirmado no art. 14 da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2007:

1. Os povos indígenas têm o direito de estabelecer e controlar seus sistemas e instituições educativos, que ofereçam educação em seus próprios idiomas, em

²⁵ O art. 50 do Estatuto do Índio estabelecia que a educação dos indígenas estava orientada à integração na comunhão nacional. Desse modo, por contrariar claramente o novo paradigma do reconhecimento, não foi recepcionado pela CF/1988.

consonância com seus métodos culturais de ensino e de aprendizagem.

2. Os indígenas, em particular as crianças, têm direito a todos os níveis e formas de educação do Estado, sem discriminação.
3. Os Estados adotarão medidas eficazes, junto com os povos indígenas, para que os indígenas, em particular as crianças, inclusive as que vivem fora de suas comunidades, tenham acesso, quando possível, à educação em sua própria cultura e em seu próprio idioma.²⁶

3 A LEGISLAÇÃO ESCOLAR INDIGENISTA APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Portaria Interministerial MJ/MEC nº 559, de 16 de abril de 1991, expressa claramente o direito dos indígenas a uma educação de qualidade, laica, diferenciada, bilíngue, com conteúdos curriculares e material didático adequados e com o funcionamento de escolas indígenas no interior das áreas indígenas. Além disso, ela retira da Funai a atribuição de coordenar as ações da educação indígena no País, que são transferidas ao Ministério da Educação.

O direito a uma educação escolar bilíngue e diferenciada foi alçado a nível de norma legal pela Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional²⁷. A Resolução nº 3, de 10 de dezembro

²⁶ Disponível em: <http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2014.

²⁷ “Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de assistência aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar bilingüe e intercultural aos povos indígenas, com os seguintes objetivos: I - proporcionar aos índios, suas comunidades e povos, a recuperação de suas memórias históricas; a reafirmação de suas identidades étnicas; a valorização de suas línguas e ciências; II - garantir aos índios, suas comunidades e povos, o acesso às informações, conhecimentos técnicos e científicos da sociedade nacional e demais sociedades indígenas e não-índias”. O art. 79 trata explicitamente das competências da União Federal para apoiar, técnica e financeiramente, os sistemas de ensino com vistas ao fortalecimento de suas práticas socioculturais: “Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa. § 1º Os programas serão planejados com audiência das comunidades indígenas. § 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos: I - fortalecer as práticas sócio-culturais e a língua materna de cada comunidade indígena; II - manter programas de formação

de 1999, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação, institui a categoria de escola indígena. A Lei nº 10.172, de 9 de janeiro de 2001, que institui o Plano Nacional de Educação (PNE) para o decênio 2001-2011, estabeleceu metas até hoje não cumpridas, tais como a de que, em dois anos, deveria haver o reconhecimento oficial e a regularização legal de todos os estabelecimentos de ensino localizados em terras indígenas e a criação da categoria de professores indígenas como carreira específica do magistério.

Outra mudança significativa de paradigma a respeito da educação escolar indígena ocorre no Brasil com a publicação do Decreto nº 6.681, de 27 de maio de 2009, que cria a categoria de territórios etnoeducacionais, que compreendem terras indígenas cujos povos que ocupam essas terras mantenham relações intersocietárias²⁸. Além disso, o Decreto nº 6.861 constitui a categoria de escola indígena, que já havia sido enunciada na Resolução nº 3/1999, ou seja, trata-se de escola com normas e diretrizes curriculares específicas, localizada em terras habitadas por comunidades indígenas, com exclusividade de atendimento a comunidades indígenas, ensino ministrado nas línguas maternas e organização escolar própria.

Em de 22 de junho de 2012, a Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação editou a Resolução nº 5, que define as diretrizes curriculares nacionais para a educação escolar indígena na educação básica. Essa resolução avança ainda mais na realização do objetivo de uma educação escolar indígena diferenciada, bilíngue, ou até mesmo multilíngue, e intercultural, mas também dá passos importantes no reconhecimento do direito dos indígenas terem controle sobre as suas escolas e autonomia para a definição de regras de funcionamento, com previsão de que o projeto político-pedagógico das escolas indígenas deve ser elaborado pelos próprios indígenas, professores e comunidade em geral; a existência de carreira própria do magistério indígena; a colaboração e atuação

de pessoal especializado, destinado à educação escolar nas comunidades indígenas; III - desenvolver currículos e programas específicos, neles incluindo os conteúdos culturais correspondentes às respectivas comunidades; IV - elaborar e publicar sistematicamente material didático específico e diferenciado”.

²⁸ Dispõe o parágrafo único do art. 6º do Decreto nº 6.681/2009: “Cada território etnoeducacional compreenderá, independentemente da divisão político-administrativa do País, as terras indígenas, mesmo que descontínuas, ocupadas por povos indígenas que mantêm relações intersocietárias caracterizadas por raízes sociais e históricas, relações políticas e econômicas, filiações lingüísticas, valores e práticas culturais compartilhados”. Sobre o Decreto nº 6.681/2009, ver: BANIWA, Gersem. *Territórios etnoeducacionais: um novo paradigma na política educacional brasileira*, [s.l.]: [s.n.], 2010.

de especialistas em saberes tradicionais e na declaração das escolas indígenas, como unidades próprias, autônomas e específicas no sistema estadual de ensino.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois da superação de séculos de práticas voltadas a promover a sua “integração na comunhão nacional”, ou seja, promover o seu desaparecimento enquanto povos etnicamente diferenciados, a Constituição Federal de 1988 e a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho promoveram uma verdadeira mudança de paradigma ao reconhecerem o direito à diferença dos povos indígenas e o respeito aos seus usos, aos seus costumes e às suas tradições.

No campo da educação escolar indígena, a finalidade integracionista foi explicitamente enunciada em todos os instrumentos normativos que vigoraram até a Constituição Federal de 1988, inclusive no Estatuto do Índio, cujo art. 50, não recepcionado pela CF/1988, dispõe que o objetivo da educação escolar indígena é a integração na “comunidade nacional”.

Por séculos, missionários cristãos e funcionários públicos revezaram-se na tarefa de “civilizar” os indígenas, ou seja, transformá-los em trabalhadores cristãos produtivos e, portanto, não mais indígenas.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Convenção nº 169 da OIT exige que as políticas educacionais indígenas sejam direcionadas a garantir a esses povos o direito a uma educação diferenciada, bilíngue, intercultural e de qualidade, o que está enunciado nas normas infraconstitucionais editadas a partir da CF/1988.

A categoria de escola indígena foi criada para garantir a aplicação desse direito a uma educação diferenciada, com projeto político-pedagógico elaborado pelos próprios indígenas e professores de acordo com seus modos de vida, currículo escolar e calendário diferenciado, carreira de magistério indígena com concurso público próprio e ampla atuação dos especialistas em saberes tradicionais e localização em terras indígenas.

Portanto, está normativamente superado o paradigma assimilacionista que guiou as políticas educacionais indigenistas até 1988 em nosso Brasil. É dever do Estado e da sociedade fazer com que as normas vigentes sejam efetivamente aplicadas e que de fato os povos indígenas tenham acesso a uma educação realmente diferenciada, bilíngue, intercultural e de qualidade.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Regina Celestino de. *Os índios na história do Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2010.

BANIWA, Gersem. *Territórios etnoeducacionais: um novo paradigma na política educacional brasileira*. [s.l.]: [s.n.], 2010.

BARROS, Maria Cândida Drumond Mendes. A missão *Summer Institute of Linguistics* e o indigenismo latino-americano: história de uma aliança (décadas de 1930 a 1970). *Revista de Antropologia*, v. 47, n. 1, p. 45-85, 2004.

BRASIL. Decreto no 8.072, de 20 de junho de 1910.

_____. Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

CUNHA, Manuela Carneiro da (Org.). *Legislação indigenista no século XIX: uma compilação (1808-1889)*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, Comissão Pró-Índio de São Paulo, 1992.

FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era pós-socialista. *Cadernos de Campo*, n. 14/15, p. 1-382, 2006.

GAGLIARDI, José Mauro. *O indígena e a República*. São Paulo: Hucitec, Editora da Universidade de São Paulo, 1989.

KAYSER, Hartmut-Emmanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

NASCIMENTO, André Marques. *Português intercultural: fundamentos para a educação linguística de professores e professoras indígenas em formação superior específica numa perspectiva intercultural*. Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Letras, Programa de Pós-Graduação em Letras e Linguística, 2012.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2007.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. Convenção nº 107, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 58.824, de 14 de julho de 1966.

_____. Convenção nº 169, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 e promulgada pelo Presidente da República pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004.

PORTUGAL. Diretório que se deve observar nas Povoações dos Índios do Pará e Maranhão, enquanto Sua Majestade não mandar o contrário, de 3 de maio de 1757.

Disponível em: <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verlivro.php?id_parte=105&id_obra=73&pagina=704>.

PORTUGAL. Regimento & Leys sobre as Missoens do Estado do Maranhão, & Parà, & sobre a liberdade dos Índios - Impresso por ordem de El-Rey nosso Senhor. Lisboa Occidental: na Officina de Antonio Manescal, impressor do Santo Officio, & livreiro de Sua Magestade, 1. Disponível em: <<http://purl.pt/15102/3/>>.

RIOS, Roger Raupp. Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=HEBJPQAACAAJ>>.

_____. O direito da antidiscriminação e a tensão entre o direito à diferença e o direito geral de igualdade. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 18, p. 169-179, jan./mar. 2012.

A DIMENSÃO JURÍDICA DA LEI DE ANISTIA

THE LEGAL DIMENSION OF THE AMNESTY LAW

Reis Friede¹

Desembargador Federal

RESUMO: Não obstante o princípio basilar da segurança jurídica como elemento fundamental da axiologia jurídica, inerente ao Direito como instrumento político viabilizador da coexistência humana, começaram a surgir, no cenário político brasileiro da atualidade, algumas vozes dissonantes em relação à validade, até então incontestável, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia. Com efeito, o artigo propõe-se a analisar e discutir a Lei de Anistia, notadamente a sua dimensão jurídica (e as consequências ínsitas).

PALAVRAS-CHAVE: Anistia; regime militar; crime contra a humanidade; imprescritibilidade.

ABSTRACT: *Notwithstanding being the Principle of Legal Certainty a fundamental element of the legal axiology, inherent to*

Law as a political instrument which permits the human coexistence, some dissonant voices started to raise in nowadays Brazilian political scenery against the validity, until now uncontested, of the Law nº 6.683, from August 28th 1979 – the Amnesty Law. Indeed, this article's goal is to analyze and discuss the Amnesty Law, most notably its legal dimension (and its inherent consequences).

KEYWORDS: *Amnesty; military regimes; crimes against humanity; imprescriptibility.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Da discussão sobre a constitucionalidade da Lei nº 6.683/1979; 2 Da retomada do debate sobre a Lei de Anistia; 3 Da anistia de modo geral e da anistia no direito penal; 4 Da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Julia Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus

¹ Ex-Membro do Ministério Público. Professor adjunto da Escola de Direito da UFRJ, Professor emérito da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME), Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Ex-Professor adjunto da UNIRIO. Possuindo, entre outros títulos, o de Mestre em Direito do Estado pela Universidade Gama Filho (UGF), e Mestre e Doutor em Direito Público (UFRJ).

Brasil; 5 Da ausência de definição de crime contra a humanidade no direito interno; 6 Da imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no direito internacional; 7 Do costume jurídico como fonte do direito e em contraposição ao princípio da legalidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1 The discussion regarding the constitutionality of Law n° 6.683/1979; 2 The resumption of the debate concerning the Amnesty Law; 3 Amnesty in general and amnesty in criminal law; 4 The Julia Gomes Lund case and others' judgment at the Inter-American Court of Human Rights ("Guerrilha do Araguaia") versus Brazil; 5 Crime against humanity's lack of definition in the brazilian legal system; 6 The imprescriptibility of the crimes against humanity in international law; 7 Legal customs as a source of law and versus the principle of legality; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

Inicia-se a presente exposição de ideias afirmando que o passado não se apaga e não se esquece. Tal afirmação objetiva esclarecer o trajeto a ser percorrido na digressão que se fará sobre tão delicado tema, o qual, durante mais de três décadas, permaneceu no limbo dos debates, ostentando, no momento atual, quase que uma visão unilateral, prejudicando a verdadeira compreensão histórico-jurídica do fenômeno e inviabilizando, em última análise, a definitiva superação da alteração que, volta e meia, retorna à mídia nacional, ressuscitando as mais profundas paixões.

Não obstante o princípio basilar da segurança jurídica como elemento fundamental da axiologia jurídica, começaram a surgir, no cenário político brasileiro da atualidade, algumas vozes dissonantes em relação à validade, até então incontestável, da Lei n° 6.683, de 28 de agosto de 1979 – Lei de Anistia. Assim, o artigo propõe-se a analisar e discutir a Lei de Anistia, notadamente a sua dimensão jurídica (e as consequências ínsitas).

1 DA DISCUSSÃO SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI N° 6.683/1979

A discussão jurídica a respeito da constitucionalidade da Lei de Anistia², notadamente da previsão contida no seu art. 1º, § 1º, não é nova. O assunto

² Dispõe a Lei n° 6.683/1979:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos

volta e meia é retomado, mesmo diante da existência de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal. Em 28 e 29 de abril de 2010, o Plenário do STF debateu sobre o pedido formulado pelo Conselho Federal da OAB na ADPF 153/DF, a qual, em síntese, objetivava que a Corte Suprema declarasse o não recebimento, pela Constituição de 1988, da regra contida no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979. Pretendia a OAB que a aludida norma fosse interpretada de modo a não abarcar os crimes comuns praticados pelos agentes da repressão contra opositores políticos, concluindo, assim, não terem eles sido anistiados. O STF, na ocasião, tendo como Relator o Ministro Eros Grau, entendeu pela improcedência (sete votos a dois) da ADPF. Tendo em vista o farto arcabouço hermenêutico produzido a partir dos debates, pode-se extrair uma série de manifestações à Lei de Anistia, resumidas a seguir.

1.1 DO VOTO DO MINISTRO EROS GRAU, RELATOR

- a) Consignou a importância de se considerar a realidade histórica quando da interpretação do texto jurídico.
- b) Afirmou que a Lei de Anistia não implicou em ofensa ao princípio da isonomia.
- c) Assentou que o arguente incidiu em um raciocínio contraditório, sobretudo ao exigir que a Lei de Anistia, para produzir efeitos, deveria ser legitimada, após a entrada em vigor da atual Constituição Federal, pelo Poder Legislativo formado a partir de eleições livres, uma vez que, segundo tal *ratio*, toda a legislação anterior à Carta de 1988 seria, por força dela mesma, inconstitucional.
- d) Registrou que a petição inicial “ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia” (STF, 2010).
- e) Explicou que várias leis de anistia editadas no país fizeram alusão à expressão “crimes conexos a crimes políticos”, o que revela a existência

Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

§ 3º Terá direito à reversão ao serviço público a esposa do militar demitido por ato institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3º.”

de uma “conexão *sui generis*, própria ao momento da transição para a democracia” (STF, 2010).

- f) Alertou que a Lei de Anistia ostenta caráter bilateral e “somente não foi irrestrita porque não abrangia os já condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal” (STF, 2010).
- g) Relacionou uma série de julgados históricos proferidos pelo STF, nos quais restou consignado o caráter amplo das anistias concedidas no Brasil.
- h) Pontuou julgados históricos do STF, os quais, enfatizando o caráter benéfico da anistia, atribuíram à palavra *condenados*, prevista no art. 1º, § 2º, da Lei nº 6.683/1979, o significado de *condenado por sentença penal transitada em julgado*.
- i) Elencou uma série de atos de anistia editados entre 1891 a 1985, relativos a diversos acontecimentos ocorridos ao longo da história brasileira, lembrando que tais episódios (e a respectiva lei anistiadora) devem ser interpretados tomando-se a realidade político-social daqueles tempos.
- j) Asseverou que a Lei de Anistia abarca uma decisão política do momento da transição conciliada de 1979, sendo, portanto, “uma lei-medida” (STF, 2010).
- k) Frisou que a Lei de Anistia, por revelar natureza essencialmente política, não pode sofrer revisão por parte do Judiciário.
- l) Registrou que a edição da EC 26/1985³ reafirmou a anistia concedida em 1979, uma vez que a mesma também convocou a assembleia

³ Preceitua o art. 4º da EC 26/1985:

“Art. 4º É concedida anistia a todos os servidores públicos civis da Administração direta e indireta e militares, punidos por atos de exceção, institucionais ou complementares.

§ 1º É concedida, igualmente, anistia aos autores de crimes políticos ou conexos, e aos dirigentes e representantes de organizações sindicais e estudantis, bem como aos servidores civis ou empregados que hajam sido demitidos ou dispensados por motivação exclusivamente política, com base em outros diplomas legais.

§ 2º A anistia abrange os que foram punidos ou processados pelos atos imputáveis previstos no *caput* deste artigo, praticados no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979.

§ 3º Aos servidores civis e militares serão concedidas as promoções, na aposentadoria ou na reserva, ao cargo, posto ou graduação a que teriam direito se estivessem em serviço ativo, obedecidos os prazos de permanência em atividade, previstos nas leis e regulamentos vigentes.

§ 4º A Administração Pública, à sua exclusiva iniciativa, competência e critério, poderá readmitir ou reverter ao serviço ativo o servidor público anistiado.

nacional constituinte, cuja missão foi dotar o País de uma nova ordem constitucional.

1.2 DO VOTO DA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA

- a) Registrou a impertinência da alegação, segundo a qual a Lei nº 6.683/1979 teria sido formulada por um Congresso Nacional ilegítimo, uma vez que, se tal assertiva fosse verdadeira, teríamos que questionar a própria legitimidade da Constituição de 1988.
- b) Recordou que a sociedade brasileira participou da elaboração da Lei de Anistia, destacando a participação da OAB, da CNBB e de personagens da intelectualidade brasileira.
- c) Questionou se seria possível modificar a exegese conferida a um dispositivo legal, “mesmo após três décadas de sedimentação de uma linha de entendimento e interpretação”, tendo a ministra respondido que sim, ressaltando que, por se tratar de matéria penal, eventual mudança jamais poderia retroagir, salvo para beneficiar o réu.
- d) Asseverou que a aceitação da tese formulada na ADPF 153 significaria uma espécie de *revisão criminal às avessas*.
- e) Alertou que a

não se considerar a que se destinou a Lei nº 6.683/1979, quando de sua edição, e desconectando-se a norma do seu § 1º do art. 1º do momento e das contingências históricas [...], sem dúvida seria de se considerar que, incorrendo conexão entre os crimes de tortura e os crimes políticos, não haveria como se considerar anistiados todos eles. (STF, 2010)

§ 5º O disposto no *caput* deste artigo somente gera efeitos financeiros a partir da promulgação da presente Emenda, vedada a remuneração de qualquer espécie, em caráter retroativo.

§ 6º Excluem-se das presentes disposições os servidores civis ou militares que já se encontravam aposentados, na reserva ou reformados, quando atingidos pelas medidas constantes do *caput* deste artigo.

§ 7º Os dependentes dos servidores civis e militares abrangidos pelas disposições deste artigo já falecidos farão jus às vantagens pecuniárias da pensão correspondente ao cargo, função, emprego, posto ou graduação que teria sido assegurado a cada beneficiário da anistia, até a data de sua morte, observada a legislação específica.

§ 8º A Administração Pública aplicará as disposições deste artigo, respeitadas as características e peculiaridades próprias das carreiras dos servidores públicos civis e militares, e observados os respectivos regimes jurídicos.”

A Ministra Cármen Lúcia julgou improcedente a ADPF 153.

1.3 DO VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

a) Registrou que a

atecnia, proposital ou involuntária [...] do § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, no ponto em que alude à conexão entre crimes comuns e políticos, para o efeito de estender a anistia aos agentes estatais, vem causando, por sua inegável equivocidade [...] considerável perplexidade dentre aqueles que buscaram interpretá-lo. (STF, 2010)

b) Aduziu que,

embora o legislador de 1979 tenha pretendido caracterizar, para efeito da anistia, a conexão material entre ilícitos de natureza distinta praticados por pessoas diferentes e circunstâncias diversas, com o objetivo de ensejar a absorção das condutas delituosas comuns pelos crimes políticos, não é difícil constatar que tal desiderato, ao menos do ponto de vista técnico-jurídico, não logrou ser bem sucedido. (STF, 2010)

c) Afirmou que, ainda que o País estivesse em uma “situação de beligerância interna ou [...] enfrentando uma [...] ‘guerra subversiva’, [...] os agentes estatais estariam obrigados a respeitar os compromissos internacionais concernentes ao direito humanitário, assumidos pelo Brasil desde o início do século passado” (STF, 2010).

d) Explicou que o STF estabelece uma diferença entre *crimes políticos típicos* e *crimes políticos relativos*.

e) Mencionou que a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que o Brasil deve “investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos” (STF, 2010).

O ministro Lewandowski julgou procedente (em parte) a ADPF

para dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou tribunal, antes de

admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*). (STF, 2010)

1.4 DO VOTO DO MINISTRO AYRES BRITTO

- a) Destacou a distinção feita pelo Ministro Lewandowski a respeito de *crimes políticos típicos* e *crimes políticos relativos*.
- b) Afirmou que a Lei de Anistia até podia, por deliberação do Congresso Nacional, anistiar torturadores, desde que o fizesse expressamente, uma vez que a concessão ampla, geral e irrestrita de tal instituto precisa “ser algo deliberado e muito claro, notadamente quando formalizada após um regime político de exceção” (STF, 2010).

O Ministro Ayres Britto julgou procedente (em parte) a ADPF 153 para extrair da interpretação a ser conferida ao § 1º do art. 1º da Lei nº 6.683/1979 os delitos (a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos) previstos no art. 5º, XLIII, da CF.

1.5 DO VOTO DO MINISTRO GILMAR MENDES

- a) Mencionou que a anistia é um ato revestido de caráter eminentemente político, e a sua amplitude deve ser igualmente definida de forma política.
- b) Aduziu que a anistia de 1979 “representa o resultado de um compromisso constitucional que tornou possível a própria fundação e a construção da ordem constitucional de 1988” (STF, 2010).
- c) Enfatizou “que é necessário atentar-se para a natureza pactual da Carta de 1988, e verificar-se a amplitude dos compromissos políticos firmados por ocasião da assembleia nacional constituinte” (STF, 2010).
- d) Recordou que a “superação do estado de beligerância acompanha a história das sociedades ocidentais e está presente, na qualidade de objetivo, de todas as ordens constitucionais pactuadas”, e que a “ideia de anistia, como parte integrante deste pacto político constitucionalizado, não pode ser tomada de forma restritiva” (STF, 2010).
- e) Asseverou que “a perspectiva ideológica não justifica o cometimento de atrocidades como sequestros, torturas e homicídios cruéis”, registrando, inclusive, que “muitos dos que recorreram a estes delitos

não buscavam a normalidade democrática, mas a defender sistemas políticos autoritários” (STF, 2010).

- f) Esclareceu que o “fortalecimento da democracia enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos”, e que “um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a formação de uma Constituição pactuada” (STF, 2010).
- g) Frisou que a anistia prevista na Lei nº 6.683/1979 “é abrangente o bastante para abarcar todas as posições político-ideológicas existentes na contraposição amigo/inimigo estabelecidas no regime político precedente” (STF, 2010).
- h) Assentou que a anistia, uma vez concedida, não pode ser revogada.
- i) Pontuou que o STF considera que as normas que versam sobre prescrição são de direito material, motivo pelo qual, em havendo alteração normativa que venha a tornar um fato delituoso como imprescritível, a nova regra não poderá retroagir.
- j) Anotou que “a EC 26/1985 incorporou a anistia como um dos fundamentos da nova ordem constitucional que se construía à época, fato que torna praticamente impensável qualquer modificação de seus contornos originais” (STF, 2010).

O Ministro Gilmar Mendes votou pela improcedência da ADPF 153.

1.6 DO VOTO DA MINISTRA ELLEN GRACIE

- a) Asseverou que a alegação de que a Lei nº 6.683/1979 não foi recepcionada pela CF de 1988 conduziria ao paradoxo de retirar o mesmo benefício de todos quantos foram por ele alcançados.
- b) Registrou que a tese da desqualificação do Congresso Nacional que aprovou a lei de 1979 não resiste à constatação de que tal diploma legal foi reiterado pela EC 26/1985.
- c) Mencionou que o termo *anistia* significa, em sua acepção grega, esquecimento, desconsideração intencional ou perdão de ofensas passadas, denotando, portanto, “superação do passado com vistas à reconciliação de uma sociedade”, por isso bilateral (STF, 2010).
- d) Afirmou que nem “mesmo aqueles que desse pacto [anistia] não participaram – porque não pretendiam a finalidade de democratização

do País – podem negar sua existência. Seria recusar validade à história suficientemente documentada” (STF, 2010).

A Ministra Ellen Gracie votou pela improcedência da ADPF 153.

1.7 DO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO

- a) Afirmou que a atribuição do Congresso Nacional, em matéria de anistia, é política e não se submete, sob o prisma da oportunidade e da conveniência, a qualquer outro poder.
- b) Ressaltou que a Lei de Anistia aproxima-se de uma lei que abole o crime, já tendo exaurido os seus efeitos.
- c) Destacou que a anistia é “virada de página definitiva, perdão em sentido maior, desapego a paixões” (STF, 2010).
- d) Registrou que a Lei de Anistia deve ser interpretada diante de seu contexto histórico.

O Ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ADPF 153.

1.8 DO VOTO DO MINISTRO CELSO DE MELLO

- a) Assentou que a anistia configura uma das expressões da clemência soberana do Estado, sendo que os seus efeitos, em matéria penal, incidem retroativamente.
- b) Registrou que as leis de anistia, geralmente, são destinadas a crimes políticos, nada obstando que alcancem crimes comuns.
- c) Recordou que distinguida doutrina penal admite a possibilidade de se conceder anistia aos delitos comuns, bem assim aos de natureza política, exceto aos vedados pelo art. 5º, XLIII, da CF. Assim, entendeu que o Congresso Nacional, em 1979, possuía atribuição para estender o benefício da anistia às infrações penais comuns, o que reveste de plena legitimidade a opção jurídico-legislativa levada a efeito pelo Parlamento da época.
- d) Frisou que o art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, ao considerar conexos, para efeito de concessão de anistia, os crimes de qualquer natureza relacionados com os crimes políticos ou praticados por motivação política, realizou indiscutível interpretação autêntica da expressão *crime conexo*, abrangendo, assim, os de qualquer espécie.

- e) Reconheceu que a anistia de 1979 foi concedida com propósito bilateral, com

a finalidade de favorecer aqueles que, em situação de conflitante polaridade e independentemente de sua posição no arco ideológico, protagonizaram o processo político ao longo do regime militar, viabilizando-se, desse modo, [...] a construção do necessário consenso, sem o qual não teria sido possível a colimação dos atos objetivos perseguidos pelo Estado e, sobretudo, pela sociedade civil naquele particular e delicado momento histórico da vida nacional. (STF, 2010)

- f) Explicou que a Lei nº 6.683/1979, por ostentar caráter bilateral, não pode ser taxada de *autoanistia*.
- g) Referiu que a Lei de Anistia foi editada antes da adoção, por parte das Nações Unidas, da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, e da promulgação, pelo Brasil, da Lei nº 9.455/1997, que define o crime de tortura, o que impede a supressão da lei de 1979 por legislação superveniente, sob pena de se violar a regra que veda a retroatividade da lei penal mais severa.
- h) Detectou que a pretensão punitiva, caso aceita a postulação deduzida na ADPF 153, já estaria fulminada pela prescrição, esta avaliada pelo prazo mais longo (20 anos), conforme previsto no Código Penal.
- i) Rejeitou o argumento relativo à imprescritibilidade dos delitos outrora cometidos, ressaltando que a invocada Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade foi adotada, no cenário internacional, em 1968, jamais tendo sido subscrita pelo Brasil, tornando-se uma verdadeira *res inter alios acta* em face do Estado brasileiro, motivo pela qual a ventilada cláusula de imprescritibilidade não se aplica, não obriga nem vincula o Brasil.
- j) Advertiu que o modelo constitucional pátrio inadmite o emprego de texto internacional, do qual o País sequer é signatário, como fonte do Direito Penal, mormente diante do postulado da legalidade.

O Ministro Celso de Mello votou pela improcedência da ADPF 153.

1.9 DO VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO

- a) Pontuou que o termo *conexo*, conforme mencionado na Lei nº 6.683/1979, não possui o sentido técnico-jurídico, mas *metajurídico*, razão pela qual não pode ser interpretado à luz de definições obtidas puramente junto à teoria do processo penal.
- b) Registrou que a adoção de uma definição puramente processual do termo *conexo* conduziria a uma anistia *cambaia*, ou seja, somente um dos lados do conflito político seria beneficiado (STF, 2010).
- c) Advertiu ser “inútil argumentar [como faz a arguente] que os agentes da repressão não teriam cometido crimes políticos, pela razão breve de que a anistia também alcança os chamados ‘crimes comuns’” (STF, 2010).
- d) Consignou que a norma atacada por meio da ADPF em nenhum momento ofende o princípio da igualdade, bastando, para tanto, analisar o vínculo, que está previsto no art. 1º, § 1º, da Lei nº 6.683/1979, entre os elementos de motivação objetiva dos crimes.
- e) Afastou a alegação de ter havido *autoanistia*, uma vez que proveio de um acordo.
- f) Explicou que, admitindo-se uma das teses da arguente, toda a Lei de Anistia estaria revogada, pois o texto advém da mesma fonte de produção, ou seja, o Congresso Nacional, na sua composição de 1979, padecendo, portanto, do mesmo vício de legitimidade.
- g) Ressaltou, a título de argumentação, que ainda que a arguente tivesse sucesso nas teses levantadas, ainda assim a procedência da ADPF 153 não levaria a nenhuma utilidade prática, tendo em vista o fenômeno da prescrição.
- h) Enfatizou que, ainda que a Lei de Anistia fosse revogada por outro diploma legal, o sistema constitucional não permitiria a revogação dos efeitos já produzidos pela Lei nº 6.683/1979, uma vez que a lei posterior seria considerada *lex gravior*, impossibilitada, portanto, de retroagir.

O Ministro Peluso votou pela improcedência da ADPF 153.

2 DA RETOMADA DO DEBATE SOBRE A LEI DE ANISTIA

Nada obstante o que restou firmado na ADPF 153, o debate sobre a constitucionalidade da Lei de Anistia é incrivelmente retomado – ao arrepio

do próprio *efeito vinculante* expressamente previsto na hipótese e, igualmente, em incontestável afronta aos ditames do Estado de Direito, que preconiza a indiscutibilidade das decisões terminativas proferidas pela Suprema Corte –, sendo certo afirmar que todas as teses apresentadas no momento atual já foram amplamente discutidas, conforme será demonstrado.

2.1 DA SÍNTESE DO CASO RIOCENTRO

Como exemplo dessa iniciativa de se retomar o debate em torno da Lei de Anistia, cumpre mencionar o Processo nº 0017766-09.2014.4.02.5101, que tramitava na 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, relativo ao Caso Riocentro (1981). A partir de denúncia formulada pelo MPF, o juízo federal, analisando questão inerente à prescrição, asseverou a sua não ocorrência, fundando-se em duas premissas. Na primeira, acolheu a tese esboçada pelo MPF, e já rejeitada pelo STF quando da ADPF, afirmando que “o atentado [...] descrito fazia parte de uma série de outros quarenta atentados a bomba semelhantes ocorridos no período de um ano e meio, direcionados à população civil, com o objetivo de retardar a reabertura política que naquele momento já se desenhava” (Justiça Federal do Rio de Janeiro, 2014). Uma vez fincada a primeira premissa, afirmou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade seria um princípio geral de Direito Internacional aceito pelos Estados e devidamente incorporado aos costumes internacionais. Em síntese, a decisão que recebeu a denúncia enquadrou os fatos ocorridos em 1981 como crimes contra a humanidade, tendo em vista que as condutas perpetradas fariam parte, em tese, de um ataque sistemático de agentes do Estado brasileiro contra a população civil. E concluiu, por fim, que os fatos narrados, enquanto crimes contra a humanidade, seriam imprescritíveis.

No caso em foco, a 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, no dia 02.07.2014, decidindo a respeito do *Habeas Corpus* nº 2014.02.01.0056847, impetrado em favor de alguns dos militares denunciados, determinou o trancamento da ação penal referente ao Riocentro. Quando do julgamento do *habeas*, as duas questões centrais *supra* foram debatidas pelos integrantes da 1ª Turma Especializada.

O Desembargador Federal Ivan Athié, Relator, consignou que a decisão de recebimento da denúncia não poderia ter se baseado em normas de Direito Internacional, a fim de sustentar a existência de crimes contra a humanidade e, por conseguinte, a imprescritibilidade dos fatos praticados.

O Desembargador Federal Abel Gomes, divergindo do Relator, manifestou-se pela impossibilidade de se aplicar, ao episódio em tela, a Lei de Anistia, tendo em vista que a Lei nº 6.683/1979 faz expressa referência ao período compreendido entre 02.09.1961 e 15.08.1979, sendo que o Caso Riocentro, como sabido, data de 30.04.1981. Em seguida, passou a focar a questão inerente à existência de prescrição. Para tanto, analisou a possibilidade de se valer de princípios gerais de Direito Internacional e/ou de costumes jurídicos da mesma seara em sede de norma penal incriminadora. Nesse aspecto, registrou o magistrado não ser possível “lançar mão com tanta facilidade de costumes e princípios” (TRF da 2ª Região, 2014). Ato contínuo, discordou da natureza de crimes contra a humanidade atribuída pelo MPF aos delitos em tese cometidos no Caso Riocentro, afirmando que “a narrativa dos fatos e os elementos que os revestem [...] afastam o delineamento necessário que transforma tais fatos em crimes contra a humanidade” (TRF da 2ª Região, 2014). Concluindo sobre a definição de crime contra a humanidade, pontuou que o fato em questão não pode ser incluído na definição de crimes contra a humanidade, “porque não faziam parte de uma ação dos agentes legitimamente operando em nome de uma política de Estado do momento” (TRF da 2ª Região, 2014). Prosseguindo, o Desembargador Federal Abel Gomes anotou que os fatos narrados pelo MPF denotam a existência de uma organização criminosa, recordando-se, então, do disposto no art. 5º, XLIV, da CF, segundo o qual, “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”. No entanto, conforme destacou, o referido dispositivo constitucional passou a vigorar a partir de 05.10.1988, sendo que os fatos em tela são de 30.04.1981. Logo, a regra do art. 5º, XLIV, da CF, dotada de maior severidade, não poderia retroagir por força do art. 5º, XL, da mesma Lei Maior. Assim, entendeu que todos os delitos imputados pelo MPF foram afetados pela prescrição.

Por sua vez, o Desembargador Federal Paulo Espírito Santo, divergindo dos votos proferidos pelo Relator e pelo Desembargador Federal Abel Gomes, votou, em síntese, no sentido de afastar a incidência da anistia e da prescrição ao Caso Riocentro.

Como resultado do julgamento, a 1ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, por maioria, concedeu a ordem, reconhecendo a inexistência de crime contra a humanidade e a incidência da prescrição da pretensão punitiva.

2.2 DA SÍNTESE DO CASO RUBENS PAIVA

Da mesma forma, cabe mencionar o Processo nº 0104222-36.2014.4.02.0000, que tramitava na 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, deflagrado a partir de denúncia oferecida pelo MPF em desfavor de militares pela prática, em tese, das condutas tipificadas no art. 121, § 2º, I, III e IV, art. 211, art. 288, parágrafo único, e art. 347, parágrafo único, c/c o art. 29, *caput*, do CP. Em resumo, assevera o *Parquet* que, entre os dias 21 e 22 de janeiro de 1971, nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do I Exército, no Rio de Janeiro, alguns dos denunciados, em concurso com militares já falecidos e com agentes não identificados, teriam cometido o homicídio de Rubens Beyrodt Paiva. A peça ministerial narra que as condutas imputadas teriam sido cometidas no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil. Por fim, afirma que os acusados, ao menos entre 1970 e 1974, teriam se associado, de forma estável e permanente, em quadrilha armada, com a finalidade de praticar crimes de lesa-humanidade, tipificados, na ótica do *Parquet*, como sequestro, homicídio e ocultação de cadáver, segundo previsões contidas no Direito brasileiro.

O magistrado federal da 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, a partir de decisão datada de 26.05.2014:

- a) Firmou a competência da Justiça Federal para o caso, nos termos do art. 109 da CF.
- b) Entendeu que a Lei nº 6.683/1979, a EC 26/1985 e o art. 8º do ADCT não ensejaram a extinção da punibilidade dos fatos narrados na denúncia.
- c) Afirmou que a Lei nº 6.683/1979 não versa sobre condutas previstas no Código Penal, sendo que o motivo político que a norteou refere-se apenas aos denominados atos institucionais e complementares.
- d) Pontuou que o instituto da anistia, enquanto causa de extinção da punibilidade, deve ser interpretado restritivamente.
- e) Registrou que os fatos imputados na denúncia, uma vez que foram cometidos como forma de perseguição política, configuram crimes contra a humanidade, sendo, portanto, imprescritíveis.
- f) Acrescentou que o Brasil, por meio do Decreto nº 10.719, de 1914, ratificou a Convenção Concernente às Leis e Usos da Guerra Terrestre, de 1907, através da qual o País reconheceu o caráter normativo dos princípios preconizados pelos usos estabelecidos entre as nações civilizadas, pelas leis da humanidade e pelas exigências da consciência pública.

- g) Ressaltou que, embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, de 1968, incide, na hipótese, o costume internacional, o que afasta a anistia.
- h) Recordou que o art. 38, nº 1, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça expressamente contempla o costume internacional como fonte do Direito Internacional.
- i) Assentou que a ONU, por meio da Resolução nº 95, de 1946, acolheu os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal Militar de Nuremberg, o qual havia procedido à definição de crimes contra a humanidade, bem como reconhecido a sua imprescritibilidade.
- j) Mencionou que a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade foi expressamente tratada na Resolução nº 3.074, de 1973, da ONU.
- k) Aduziu que o Decreto nº 98.386/1989 promulgou a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. Com base na dita Convenção, o magistrado consignou que a impossibilidade de haver anistia em relação à tortura deveria ser estendida ao homicídio qualificado pelo emprego da tortura (art. 121, § 2º, III, 5ª figura, do CP).

Ainda em relação ao Caso Rubens Paiva, em 10.09.2014, em sede de *habeas corpus* impetrado pelos réus junto ao TRF da 2ª Região, a 2ª Turma Especializada, por unanimidade, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, Desembargador Federal Messod Azulay.

Contra a referida decisão do juízo da 4ª Vara Federal Criminal valeram-se os réus da denominada reclamação constitucional (nº 18.686/RJ), com pedido de liminar, sustentando que as imputações referem-se a delitos abrangidos pela Lei de Anistia, cuja constitucionalidade foi devidamente assentada pelo STF, razão pela qual o prosseguimento da ação penal configuraria evidente desrespeito à autoridade da Suprema Corte. A partir de liminar deferida no bojo da reclamação, o Ministro Teori Zavascki, Relator, determinou a suspensão da ação penal movida contra os militares acusados de envolvimento no desaparecimento e na morte de Rubens Paiva, tendo anotado que a decisão de recebimento da denúncia afigura-se absolutamente incompatível com aquela proferida na ADPF 153. Registrou, também, que a decisão tomada na ADPF ostenta eficácia *erga omnes*, bem como efeito vinculante para todas as instâncias do Poder Judiciário, viabilizando, por conseguinte, o aviamento da reclamação.

3 DA ANISTIA DE MODO GERAL E DA ANISTIA NO DIREITO PENAL

Conceitualmente, conforme leciona René Ariel Dotti, anistia, palavra que deriva do grego *amnistia*, é o ato pelo qual o Estado renuncia ao poder-dever de punir o autor de um delito, o que se dá a partir de razões de necessidade ou conveniência política, sendo a sua concessão atribuição exclusiva do Congresso Nacional (art. 48, VIII, da CF). Trata-se de causa extintiva da punibilidade (art. 107, II, 1ª figura, do CP), sendo destinada a “fazer desaparecer o caráter reprovável do fato e a *perdoar* os seus autores” (Dotti, 2005, p. 674).

Paulo César Busato recorda que a anistia dirige-se a tipos determinados, operando, assim, um duplo efeito, tanto para os casos passados que foram apurados, quanto para os que não o foram, objetivando alcançar a “pacificação e a cessação de hostilidades entre grupos de pessoas, como aconteceu com a superação do golpe militar de 1964 no Brasil” (Busato, 2013, p. 610).

Nesse diapasão analítico, questão interessante, e que também está sendo ventilada na quadra atual, refere-se à possibilidade de haver revogação da Lei de Anistia e, por conseguinte, tornar viável a *persecutio criminis*. No caso, ainda que haja revogação da Lei nº 6.683/1979, a regra revogadora ostentará conteúdo gravoso, não podendo retroagir (art. 5º, XL, da CF). No mesmo sentido a posição de André Estefam (2012, p. 497). Da mesma forma, segundo a lição de Fernando Capez (2012, p. 599), a anistia, uma vez concedida, não pode ser revogada, posto que a lei revogadora seria prejudicial aos anistiados. Igualmente, a Advocacia-Geral da União, quando de sua manifestação no bojo da ADPF 153, aduziu que o desfazimento da situação consumada por força do exaurimento dos efeitos da Lei de Anistia “colidiria com o princípio da irretroatividade da lei penal” (STF, 2010).

4 DA SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO JULIA GOMES LUND E OUTROS (“GUERRILHA DO ARAGUAIA”) VERSUS BRASIL

Mesmo diante do aludido *decisum* do STF no âmbito da ADPF 153, advoga-se, novamente, a viabilização da punição de crimes cometidos durante os governos militares, invocando-se, em especial, as noções consubstanciadas na ideia de inconvenção da Lei de Anistia (por uma suposta incompatibilidade com determinadas convenções internacionais), bem como no conceito de crime de lesa-humanidade, mormente a partir da decisão proferida,

em 24.11.2010, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Julia Gomes Lund e outros, cuja conclusão estabelece, em resumo, o seguinte:

30. [...] a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade [...].

31. É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil [...]. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010)

Várias são as objeções que impedem a adoção, por parte do Estado brasileiro, da conclusão emanada da Corte Interamericana. Em primeiro lugar, cumpre registrar que a própria Corte Interamericana reconheceu que o Brasil ainda não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade:

27. [...] 42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação. A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido [...]. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010)

Conforme registrado no transcrito item 27 da sentença, o Brasil não ratificou a aludida Convenção. Por conseguinte, somente por meio de um

esforço hermenêutico voltado para a repressão penal é que se torna possível compreender a razão pela qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, invocando a existência de um suposto costume jurídico internacional, superou, diante do caso concreto, a falta de ratificação, por parte do Estado brasileiro, da citada norma internacional. Ocorre que o Brasil não assumiu tal compromisso, não se enquadrando, assim, na regra prevista no artigo IV da dita convenção, segundo a qual os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus processos constitucionais, as medidas legislativas necessárias para assegurar que o instituto da prescrição não seja aplicado aos crimes referidos nos artigos I (crimes de guerra) e II (crimes de lesa-humanidade). Nota-se, claramente, que o artigo IV é direcionado aos países signatários da Convenção, sendo mesmo ilógico que a Corte Interamericana pretenda considerar inválida a Lei de Anistia, atacando de morte a soberania nacional, tudo com o propósito de tornar imprescritíveis os delitos supostamente enquadrados na definição de crime contra a humanidade.

Importante frisar, ainda, que o que restou estabelecido na mencionada sentença versa sobre a responsabilidade (no plano internacional) do Estado brasileiro quanto ao fato noticiado, o que se dá a partir de premissas fincadas no Direito Internacional. Mesmo tendo a Corte Interamericana decidido que os fatos que lhe foram submetidos configuram crimes contra a humanidade, resta evidente que a intervenção do Direito Penal pátrio obedecerá ao que dispõe a legislação interna, com princípios que lhe são próprios, todos de índole constitucional.

5 DA AUSÊNCIA DE DEFINIÇÃO DE CRIME CONTRA A HUMANIDADE NO DIREITO INTERNO

Cabe registrar, de início, que não existe, no Direito Interno, qualquer definição apta a nortear o que vem a ser crime contra a humanidade, o que se comprova a partir de uma exegese histórica. Aliás, reportando-se ao método histórico, Maria Helena Diniz ressalta que este se refere ao histórico do processo legislativo, desde o projeto de lei, a sua justificativa ou a exposição de motivos, emendas, aprovação e promulgação, “ou às circunstâncias fáticas que a precederam e que lhe deram origem, às causas ou necessidades que induziram o órgão a elaborá-la, ou seja, às condições culturais ou psicológicas sob as quais o preceito normativo surgiu (*occasio legis*)” (Diniz, 2001, p. 426). Tal concepção também é percebida por Sílvio Venosa, segundo o qual “sob o prisma histórico, o exegeta deve, pois, analisar os trabalhos preparatórios da lei, os anteprojetos e

projetos, as emendas, as discussões parlamentares, a fim de ter um quadro claro das condições nas quais a lei foi editada” (Venosa, 2006, p. 176-177).

Tendo em vista que o Estatuto de Roma (art. 7º) faz referência à expressão *crime contra a humanidade*, o Poder Executivo Federal, por meio da Mensagem nº 700/2008, e objetivando dar cumprimento ao compromisso assumido pelo Estado brasileiro junto à comunidade internacional, encaminhou ao Parlamento Federal projeto de lei cuja ementa dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. A Mensagem nº 700 é acompanhada da justificação contida na Exposição de Motivos Interministerial nº 18/2007, ora sintetizada:

O Brasil assinou [...] o Estatuto de Roma que cria o Tribunal Penal Internacional (TPI), instituição [...] com competência para julgar indivíduos responsáveis pelos crimes de genocídio, guerra e contra a humanidade.

2. Após a aprovação de seu texto pelo Congresso Nacional [...], o referido ato internacional passou a vigorar, para o Brasil, em 1º de setembro de 2002. Desde então, faz-se necessária a regulamentação dos tipos penais criados pelo Estatuto de Roma e ainda não previstos em nosso ordenamento jurídico interno.

3. Com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria, *os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal.* (Brasil, 2008, grifo nosso)

Em pesquisa junto ao sítio da Câmara dos Deputados, nota-se que a referida mensagem deu origem ao Projeto de Lei (PL) nº 4.038/2008, cujo art. 17 assim define o que se entende por crime contra a humanidade: “São crimes contra a humanidade os praticados no contexto de ataque, generalizado ou sistemático, dirigido contra população civil, tipificados neste Título” (Câmara dos Deputados, 2008). Com efeito, a partir da leitura do citado PL, algumas inferências podem ser extraídas: a) não há, no Direito Interno, qualquer definição apta a forjar o conceito de crime contra a humanidade; b) inexistente, no Direito Interno, regra que possibilite afirmar que tais crimes sejam imprescritíveis; c) o Poder Executivo Federal, ao enviar a Mensagem nº 700, sinalizou a necessidade

de se regulamentar, no plano doméstico, as previsões contidas no Estatuto de Roma; d) o Poder Legislativo, livre de qualquer pressão, também reconheceu que a carência de tais normas internas inviabilizam a aplicação do Estatuto de Roma. Ora, se o Executivo e o Legislativo reconhecem fundamental regulamentar o Estatuto de Roma no plano interno, conceituando o que se entende por crime contra a humanidade, é evidente que o costume internacional não possui, na seara doméstica, força normativa capaz de afastar a consequência jurídica ínsita à Lei de Anistia, vale dizer, a extinção da punibilidade.

6 DA IMPRESCRITIBILIDADE DOS CRIMES CONTRA A HUMANIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL

O artigo I da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, de 1968, considera imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos, os crimes de guerra, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, de 1945, e confirmados pelas Resoluções nº 3, de 1946, e nº 95, de 1946, da Assembleia Geral das Nações Unidas, nomeadamente as infrações graves enumeradas na Convenção de Genebra, de 1949, para a proteção às vítimas da guerra. Da mesma forma, são considerados imprescritíveis os crimes contra a humanidade, sejam cometidos em tempo de guerra ou de paz, como tal definidos no Estatuto do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, bem como nas referidas resoluções, assim como a expulsão por um ataque armado ou uma ocupação e os atos desumanos resultantes da política de *apartheid*; e, ainda, o crime de genocídio, como tal definido na Convenção de 1948 para a prevenção e repressão do delito de genocídio, mesmo que estes atos não constituam violação do Direito Interno do país onde foram cometidos. Cumpre registrar, desde logo, que pesadas críticas foram lançadas em relação à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, razão pela qual não foi até hoje ratificada por inúmeros Estados, entre os quais o Brasil, notadamente por prever a incidência retroativa sobre fatos delituosos ocorridos antes de sua entrada em vigor (artigo I), em nítida afronta ao princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Ainda no âmbito das Nações Unidas, já nos idos de 1974, elaborou-se a Convenção Europeia sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, mas sem a referida previsão de incidência retroativa, instrumento este que foi ratificado por alguns poucos países, dado

que torna evidente a completa ausência de consenso sobre tão delicada questão (imprescritibilidade).

Vinte anos depois, surgiu a Convenção Interamericana sobre os Desaparecimentos Forçados, de 1994, aprovada, no Brasil, pelo Decreto Legislativo nº 127/2011, mas ainda não promulgada por decreto do Executivo, cujo artigo VII considera o desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade e, por isso, imprescritível, estabelecendo, no entanto, uma ressalva:

A ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição.

No entanto, quando existir uma norma de caráter fundamental que impeça a aplicação do estipulado no parágrafo anterior, o prazo da prescrição deverá ser igual ao do delito mais grave na legislação interna do respectivo Estado Parte. (Brasil, 2011)

Por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998, igualmente versou sobre a questão da imprescritibilidade de determinados delitos internacionais, conforme prevê o art. 29.

Feitas as considerações *supra*, cabe repisar um importante dado, constante da própria sentença da Corte Interamericana: o Estado brasileiro não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, omissão que, segundo a sentença, seria decorrente de pressão política de militares. Tal afirmação desconsidera a própria história e tudo o que se seguiu ao Regime Militar, sobretudo a Carta de 1988, verdadeiro documento comprobatório de um novo Estado, absolutamente comprometido com a edificação de um sólido sistema internacional de proteção dos direitos humanos, conforme demonstram as disposições contidas nos arts. 1º, III; 4º, II; e 5º, § 2º, todos da CF. Por conseguinte, tal falaciosa “pressão militar” efetivamente não existe. Aliás, o Senado Federal, nas informações prestadas quando da ADPF 153, pugnou pela inépcia da exordial, uma vez que a Lei de Anistia teria exaurido os seus efeitos no mesmo instante em que ingressou no ordenamento jurídico, há mais de trinta anos, na vigência da Constituição anterior (STF, 2010). Da mesma, a Advocacia-Geral da União, livre de qualquer suposta “pressão”, assentou que “a abrangência conferida, até então, à Lei nº 6.683/1979, decorre, inexoravelmente, do contexto em que fora promulgada, sendo certo que não

estabeleceu esse diploma legal qualquer discriminação, para concessão do benefício da anistia, entre opositores e aqueles vinculados ao regime militar” (STF, 2010). Com efeito, é de se admirar a afirmação segundo a qual a ausência de ratificação da referida Convenção seria “fruto de pressão política daquele grupo de militares”, posto que os militares, desde o término do governo do presidente João Figueiredo (15.03.1979 a 15.03.1985), não ostentam mais o poder político de outrora.

Assim, tendo em vista a não ratificação da aludida convenção pelo Estado brasileiro, imperioso concluir pela impossibilidade de se acolher a noção de imprescritibilidade estabelecida na dita norma internacional. No mesmo sentido a opinião de André Estefam:

De ver, contudo, que nosso país ratificou o Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (Decreto Presidencial nº 4.388/2002), o qual prevê a imprescritibilidade relativa a tais delitos em seu art. 29.

Em que pesem respeitáveis opiniões em contrário no sentido da vigência desta regra no plano interno, entendemos que ela encontra barreira intransponível no princípio constitucional da prescritibilidade. (Estefam, 2012, p. 509)

Ao pontuar que nem mesmo o Estatuto de Roma (incorporado ao Direito Interno) supera o que preconiza a Carta da República sobre o tema *prescritibilidade*, André Estefam demonstra não aceitar que uma convenção que sequer foi ratificada possa gerar compromissos ao Estado brasileiro.

7 DO COSTUME JURÍDICO COMO FONTE DO DIREITO E EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Como visto, a Corte Interamericana invocou a noção de costume jurídico internacional para afirmar a responsabilidade do Estado brasileiro. O costume jurídico, segundo pacífica doutrina (Rezek, 2002, p. 113), figura como fonte do Direito Internacional, assentando-se sobre dois elementos indispensáveis à sua formação e conseqüente aplicabilidade: o material e o psicológico. O primeiro consiste na prática constante e reiterada de uma certa conduta. No caso do Direito Internacional, na repetição de determinado procedimento por parte dos Estados. O elemento psicológico (*opinio juris*) guarda relação com a convicção

de que tal proceder é necessário. Somente pela conjugação dos dois elementos a norma costumeira é formada.

Tendo em vista que o Brasil não ratificou a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, e transportando a ideia inerente à norma costumeira para o tema em discussão, duas questões surgem e devem ser debatidas, posto que fundamentais para o deslinde da *vexata quaestio*: a) de início, é preciso considerar se o cenário internacional atual permite mesmo inferir que os Estados concebem a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade enquanto verdadeiro costume jurídico; b) ultrapassada tal análise, há que se discutir se o fato de o Direito Constitucional brasileiro restringir os casos de imprescritibilidade ao delito de racismo (art. 5º, XLII, da CF) e à ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (art. 5º, XLIV, da CF) funciona como óbice à adoção, por parte do Brasil, de um suposto costume jurídico internacional.

Quanto à primeira questão, cabe mencionar que a doutrina internacionalista diverge a respeito da efetiva existência, na cena internacional, de um tal costume. Ratner e Abrams (1997, p. 26) aludem que o fato de ter havido pouca adesão à Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade, bem como à Convenção Europeia sobre os Crimes contra a Humanidade e os Crimes de Guerra, militar em prol da tese que pugna pela inconsistência de uma norma consuetudinária.

Embora a Corte Interamericana em nenhum momento tenha se embasado no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional para forjar a noção de imprescritibilidade inerente aos crimes contra a humanidade, interessa, para o presente estudo, verificar como tal documento internacional trata do tema, obtendo-se um panorama mais recente e abrangente sobre a questão, possibilitando o emprego da denominada interpretação sistemática. Pois bem. O assunto, no Estatuto de Roma, é abordado apenas em uma regra, qual seja, o art. 29, segundo a qual os crimes da competência do Tribunal Penal Internacional não prescrevem. Com efeito, é possível argumentar que a edição do Estatuto de Roma configura um dado apto a demonstrar a inexistência de uma norma costumeira relativa à imprescritibilidade de tais delitos na cena internacional. Pode-se afirmar, portanto, que o art. 29 surgiu justamente para estancar a problemática causada pela Convenção de 1968, a qual acolhia o odioso princípio da retroatividade da lei penal mais severa. Nesse sentido, afirma Velloso que a análise dos trabalhos preparatórios relativos ao Estatuto de Roma permite inferir a existência de dúvida quanto à afirmação segundo a qual o art. 29 do Tribunal

Penal Internacional estaria a codificar uma norma consuetudinária internacional já existente. Da mesma forma, assevera a pesquisadora que,

embora os Estados-partes no Estatuto de Roma tenham chegado a um acordo sobre a regra convencional da imprescritibilidade, à época da negociação o debate, iniciado trinta anos antes, não havia sido concluído. A natureza costumeira deste princípio não se havia consolidado, mas encontrava-se ainda em processo de afirmação. (2008, p. 20)

Nada obstante, ainda que a Corte Interamericana tenha proclamado a existência de um tal costume jurídico, não há como adotá-lo, no plano interno, de modo a viabilizar a punição de crimes cobertos pela Lei de Anistia. A propósito, André Estefam assevera que não “pode o direito consuetudinário [...] embasar a punição criminal de um ato, ou mesmo o agravamento das consequências penais de uma infração penal definida em lei” (Estefam, 2012, p. 125). Assim, voltando à segunda pergunta formulada alhures, resta evidente a impossibilidade de se invocar o costume jurídico internacional para alicerçar a pretensão punitiva do Estado, sobretudo diante do princípio da legalidade.

Segundo leciona Mirabete, “não se pode falar em criação ou revogação de crimes pelo costume, dado o princípio da legalidade” (2011, p. 29). Na mesma linha de raciocínio, Juarez Cirino assevera que o “*princípio da legalidade* proíbe o *costume* como fundamento de criminalização e de punição de condutas, porque exige *lex scripta* para os tipos legais e as sanções penais” (Cirino, 2006, p. 22).

Assim, ao se basear em um suposto costume jurídico internacional, a sentença prolatada pela Corte fez letra morta do princípio da legalidade, considerado por todos os penalistas modernos como o postulado mais sagrado do Direito Penal, verdadeiro dogma cuja observância irrestrita é fundamental para o legítimo aviamento do *jus puniendi*, decisão que se apresenta incoerente, já que tal proceder representa um retrocesso e nega um dos mais sólidos avanços democráticos obtidos ao longo dos séculos em matéria de Direito Penal (Estefam, 2012, p. 124). Por força do aludido princípio, previsto não somente no Direito brasileiro (art. 5º, XXXIX, da CF; art. 1º do CP), mas com igual previsão no art. 9 do Pacto de San José da Costa Rica (promulgado pelo Decreto nº 678/1892), é impossível valer-se de um conceito consagrado pelo Direito Internacional, e não acolhido pelo Direito Interno por meio da sistemática vigente para a incorporação de tratados, a fim de se descortinar o *jus puniendi*.

A sentença da Corte Interamericana desenvolve-se, então, a partir de um raciocínio incongruente. A Corte Interamericana afirma, por um lado, que

a jurisprudência, o costume e a doutrina internacionais consagram que nenhuma lei ou norma de direito interno, tais como as disposições acerca da anistia, as normas de prescrição e outras excludentes de punibilidade, deve impedir que um Estado cumpra a sua obrigação inalienável de punir os crimes de lesa-humanidade. (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 2010)

Por outro, decide que o Estado brasileiro deve fazer ouvidos moucos para o art. 9 do Pacto de San José da Costa Rica, que consagra o mais fundamental de todos os princípios do Direito Penal, qual seja, o da legalidade.

Com efeito, por conta do dogma da legalidade, não se admite o emprego do Direito Consuetudinário como forma de ampliar a esfera punitiva estatal, justamente o que a sentença da Corte Interamericana, de certo modo, pretende fazer.

CONCLUSÃO

Analisada sob o prisma jurídico, não obstante todas as considerações identificadas e apontadas nas principais teses jurídicas abordadas quando da análise da ADPF 153, do Caso Riocentro, do Caso Rubens Paiva e da sentença proferida pela Corte Interamericana no Caso Julia Lund Gomes e outros, a Lei de Anistia permanece *válida*, inclusive por expresse reconhecimento pela Suprema Corte brasileira, razão pela qual o *jus puniendi*, nas hipóteses *supra*, esbarra em óbices constitucionais incontornáveis, que podem ser resumidos por meio dos seguintes enunciados:

- a) Embora presente no Direito Internacional, inexistente, no Direito Interno, qualquer definição de crime contra a humanidade.
- b) A impossibilidade de punição dos autores de crimes perpetrados nas ocasiões referidas decorre de marcos limitadores do poder punitivo estatal, entre os quais se pode citar o fenômeno da *prescrição*, cuja essência deve ser interpretada de modo a se evitar a ampliação das hipóteses que conduzem a casos de imprescritibilidade, justamente por ser aquela uma causa que extingue, elimina e afasta a sanção penal do Estado.

- c) O tema *prescrição*, justamente por interferir diretamente no *jus puniendi* do Estado, não pode ser contornado sob o argumento de que o costume jurídico internacional considera a *tortura* e o *terrorismo*, quando cometidos por agentes do Estado como forma de perseguição política, como crimes contra a humanidade.
- d) Invocar um costume jurídico internacional, cuja existência é absolutamente controvertida, revela um descompromisso com o princípio da legalidade penal.
- e) Nem mesmo a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade pode ser invocada como argumento para conferir tal imprescritibilidade aos crimes então praticados.
- f) Mostra-se extremamente perigoso alargar, sem lastro jurídico e por meio de simples falácias, o campo de incidência do Direito Penal. Nesse sentido, cumpre lembrar o notável Claus Roxin (2006, p. 138), para quem um Estado de Direito deve proteger o indivíduo não apenas por meio do Direito Penal, mas também do próprio Direito Penal.

Registre-se, ainda, que tal contestação quanto à Lei de Anistia reflete, em última análise, não uma discussão meritória e jurídica acerca de seus comandos normativos, mas, sim, uma grave e indiscutível negação à própria democracia, considerando o flagrante desrespeito à autoridade de uma decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, moderno e poderoso instrumento de estabilização política, o que, a toda evidência, não se coaduna com o espírito democrático enraizado na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal* – Parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 out. 2014.

_____. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16683.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. Convoca assembleia nacional constituinte e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc26-85.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Decreto nº 678, de 6 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>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Mensagem nº 700, de 17 de setembro de 2008. Submete ao Congresso Nacional o texto do projeto de lei que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=600462&filename=MSC+700/2008+%3D%3E+PL+4038/2008>. Acesso em: 24 out. 2014.

_____. Decreto Legislativo nº 127, de 2011. Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, concluído em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=243367&norma=263546&anexos=>>>. Acesso em: 24 out. 2014.

BUSATO, Paulo César *Direito penal* – Parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. Projeto de Lei nº 4.038, de 23 de setembro de 2008. Autoria: Poder Executivo Federal. Dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=5B88393CEE4DD7D6FDF16022681AD29B.proposicoesWeb1?codteor=600460&filename=PL+4038/2008>. Acesso em: 24 out. 2014.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Gomes e Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) *versus* Brasil, exceções preliminares, mérito,

reparações e custas. 2010. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/decisions-and-judgments>>. Acesso em: 16 out. 2014.

DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal* – Parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ESTEFAM, André. *Direito penal*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2012.

JUSTIÇA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO. Processo nº 0017766-09.2014.4.02.5101, Juíza Federal: Ana Paula Vieira de Carvalho, 6ª Vara Federal Criminal, Data da decisão: 13 maio 2014. Disponível em: <<http://procweb.jfrj.jus.br/Portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=E18C5A1D779646F981CABAA59CB27EF5&timeIni=43126,34&P1=69639410&P2=1&P3=&NPI=1&NPT=1&TI=1&NV=780340&MAR=S>>. Acesso em: 16 out. 2014.

_____. Processo nº 0104222-36.2014.4.02.0000, Juiz Federal: Caio Márcio Gutterres Taranto, 4ª Vara Federal Criminal, Data da decisão: 26 maio 2014. Disponível em: <<file:///C:/Users/jdr.TRF/Downloads/ANISTIA/DEC%20RECEB%20DE%C3%9ANCIA%20-%204%20VF.htm>>. Acesso em: 21 out. 2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de direito penal* – Parte geral. 27. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 2011.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal* – Parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

RATNER, Steven R.; ABRAMS, Jason S. *Accountability for human rights atrocities*. International Law. Beyond the Nuremberg Legacy. Oxford: Clarendon Press, 1997.

REZEK, J. F. *Direito internacional público* – Curso elementar. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROXIN, Claus. *Strafrecht: allgemeiner teil*. München: Verlag C. H. Beck, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – Parte geral. Curitiba: CPC/Lumen Juris, 2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso em *Habeas Corpus* nº 79.785/RJ, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, J. 29.03.2000, DJ 22.11.2002. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102661>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Eros Grau, J. 29.04.2010, DJ 06.08.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 25 out. 2014.

_____. Medida Cautelar na Reclamação nº 18.686/RJ, decisão monocrática, Relator: Ministro Teori Zavascki, J. 29.04.2014, DJ 01.10.2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24.SCLA.+E+18686.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/nmfjsc3>>. Acesso em: 25 out. 2014.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Habeas Corpus* nº 2014.02.01.0056847/RJ, Relator: Desembargador Federal Antonio Ivan Athié, 1ª Turma Especializada, J. 02.07.2014, DJ 30.07.2014. Disponível em: <http://www.trf2.jus.br/Paginas/Resultado.aspx?Content=4CA46B7382EE606F13660929B39F965E?proc=2014.02.01.0056847&andam=1&tipo_consulta=1&mov=3>. Acesso em: 18 out. 2014.

_____. *Habeas Corpus* nº 2014.00.00.104222-3/RJ, Relator: Desembargador Federal Messod Azulay Neto, 2ª Turma Especializada, J. 10.09.2014, DJ 02.10.2014. Disponível em: <<http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/mostraarquivo.asp?MsgID=9B02AE8BB36A4C10B4FFBF7F3B1E673B&timeIni=31811,6&P1=95684&P2=35&P3=&NPI=443&NP T=443&TI=1&NV=621865&MAR=S>>. Acesso em: 20 out. 2014.

VELLOSO, Ana Flávia Penna. A imprescritibilidade dos crimes internacionais. *III Anuário Brasileiro de Direito Internacional*. Coordenador: Leonardo Nemer Caldeira Brant. Belo Horizonte: Cedin, v. 1, 2008. Disponível em: <http://www.cedin.com.br/static/anuario/3_V1/anuario_3_v1.pdf>. Acesso em: 29 out. 2014.

VENOSA, Sílvio de S. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro – Parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2007.

OS EFEITOS DELETÉRIOS DA CORRUPÇÃO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS¹

THE DELETERIOUS EFFECTS OF CORRUPTION IN FACE OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Rogério Gesta Leal²

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Yuri Schneider³

Mestre e Doutor em Direito Público

RESUMO: O presente artigo pretende tratar de alguns diagnósticos dos impactos que o fenômeno da corrupção causa aos Direitos Humanos e Fundamentais, e como isto é cada vez mais latente em todo o Ocidente.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção; direitos fundamentais; democracia.

ABSTRACT: *This article seeks to address some of diagnoses of the impacts that the phenomenon of corruption causes to Human and Fundamental Rights, and how this is becoming latent throughout the West.*

KEYWORDS: *Corruption; fundamental rights; democracy.*

- ¹ Este ensaio é fruto do projeto de pesquisa intitulado “A Decisão Judicial: Elementos Teórico-Constitutivos à Efetivação Pragmática dos Direitos Fundamentais”, desenvolvido junto ao Curso de Direito da Unoesc, bem como com o Grupo de Pesquisa sobre Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais, desta mesma instituição.
- ² Doutor em Direito, Professor Titular da Unisc. Professor da Unoesc, Professor Visitante da Università Túlio Ascarelli - Roma Trè, Universidad de La Coruña - Espanha e Universidad de Buenos Aires. Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - Enfam, Membro da Rede de Direitos Fundamentais-REDIR, do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, Brasília, Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária, da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura - Enfam, Brasília. Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira, Coordenador da Rede de Observatórios do Direito à Verdade, Memória e Justiça nas Universidades brasileiras - Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República.
- ³ Advogado. Professor de Graduação e Pós-Graduação da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Professor do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) da Unoesc, Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul, Professor da Escola Superior de Direito Municipal de Porto Alegre/RS, Professor da Fundação Escola Superior da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul.

SUMÁRIO: 1 Notas introdutórias; 2 Não há limites para os impactos negativos da corrupção: os direitos humanos e fundamentais como alvos; Considerações finais; Referências.

SUMMARY: 1 Introductory notes; 2 There is no limit to the negative impacts of corruption: human rights and fundamental as targets; Final thoughts; References.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

Pretendemos tratar neste texto, ao menos a título exemplificativo, dos efeitos nefastos que a corrupção causa aos Direitos Humanos e Fundamentais, no Brasil e no exterior.

Vários órgãos e pesquisas internacionais têm desde há muito evidenciado que aqueles Direitos são letalmente impactados pelos atos corruptivos, na medida em que, por exemplo,

*the ability to promote and protect civil and political rights rests upon effectively combating political and judicial corruption (and vice versa). Transparency and access to information empower individuals to make informed decisions – from exercising their voting rights, to monitoring how state expenditures are spent.*⁴

Quando a corrupção se encontra dispersa em todo o corpo político e mesmo tolerada pela comunidade, as pessoas mais necessitadas sofrem de forma mais direta com os efeitos disto, haja vista que as estruturas dos poderes instituídos se ocupam, por vezes, com os temas que lhes rendem vantagens, seja de grupos, seja de indivíduos, do que com os interesses públicos vitais existentes: hospitais públicos deixam de atender pacientes na forma devida porque são desviados recursos da saúde para outras rubricas orçamentárias mais fáceis de serem manipuladas e desviadas como prática de suborno e defraudação; famílias em situação de pobreza e hipossuficiência material não podem se alimentar porque os recursos de programas sociais são desviados para setores corruptos do Estado e da Sociedade Civil; as escolas públicas não têm recursos orçamentários à aquisição de material escolar em face dos desvios de recursos para outros fins, e os alunos ficam sem condições de formação minimamente adequadas.

⁴ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 71. E acrescenta o autor: “At the same time, creating such openness limits opportunities for abuses by politicians, police and judges. When accountability mechanisms are weak or non-existent, it becomes too easy for violations to occur”.

Eis o tema a desenvolver.

2 NÃO HÁ LIMITES PARA OS IMPACTOS NEGATIVOS DA CORRUPÇÃO: OS DIREITOS HUMANOS E FUNDAMENTAIS COMO ALVOS

Em matéria publicada no *New York Times*, em 9 de outubro de 2012, o Jornalista Simon Romero não mede palavras para dizer que *“Brazilians are so used to impunity, especially when it comes to the legendary corruption in their political system, that they often employ a fatalistic maxim to describe it: The police arrest; the courts set free”*⁵, referindo-se exageradamente (como é próprio de algumas linguagens jornalísticas), por óbvio, às tendências históricas do País em acostumar-se com a corrupção enquanto elemento intrínseco da política e das instituições, o que não se pode aceitar em hipótese alguma.

A questão é que fenômenos multifacetais como a corrupção não podem ser tratados como passíveis de soluções mágicas, imediatas e midiáticas, como parece desejar o articulista sob comentário, quando assevera que *“a political hero of sorts is even emerging in the case: Mr. Barbosa, 58, the court’s only black justice, who is overseeing the trial. Masks of his face are already being sold in advance of the annual Carnival celebration, and computer-manipulated images of him clad in superhero outfits have been circulating on the social media”*⁶, deixando de perceber que tais questões reclamam mudanças profundas em hábitos e costumes culturais, políticos e institucionais.

Heloisa Starling, em instigante texto, lembra:

Na sua origem grega, a palavra corrupção aponta para dois movimentos: algo que se quebra em um vínculo; algo se degrada no momento dessa ruptura. As consequências são consideráveis. De um lado, quebra-se o princípio da confiança, o elo que permite ao cidadão associar-se para interferir na vida de seu país. De outro, degrada-se o sentido do público. Por conta disso, nas ditaduras, a corrupção tem funcionalidade: serve para garantir a dissipação da vida pública. Nas democracias – e diante da República – seu efeito é

⁵ Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2012/10/10/world/americas/brazilian-corruption-case-raises-hopes-for-judicial-system.html>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

⁶ Idem. Grifo meu.

outro: serve para dissolver os princípios políticos que sustentam as condições para o exercício da virtude do cidadão.⁷

É claro que, por outro lado, a corrupção também pode atingir estes Direitos Fundamentais pela via dos comportamentos corruptivos de alguns cidadãos – evidenciando, por certo, a falha estatal de evitar isto –, como quando alguém paga suborno para obter determinado tratamento médico-hospitalar; ou paga suborno para conseguir vaga escolar, condutas estas que estão a violar os sistemas de ensino e de saúde existentes. E até indiretamente, como quando autoridades estatais permitem, pela via do suborno, que sejam comercializados resíduos tóxicos e depositados sem as cautelas devidas em áreas de densidade demográfica significativa, gerando às pessoas destas localidades danos as suas saúdes ao longo do tempo.

Veja-se que, aqui, há da mesma sorte explícita violação do direito de igualdade que as Constituições contemporâneas garantem de modo geral, pois se dá tratamento diferenciado a pessoas em face de serviços e atividades que deveriam atender de forma isonômica a todos⁸.

Por tais razões é que Rose-Ackerman tem insistido na tese de que as sociedades contemporâneas não podem funcionar sem altos níveis de confiança, chegando ao ponto de sustentar que *“trust and a strong civil society are taken to be synonymous”*⁹, exatamente porque representa esta confiança um valor cívico, ético e moral que aumenta consideravelmente a qualidade democrática das

⁷ STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008. p. 259. Tratei do tema em meu livro LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

⁸ Como diz PRESTON, Noel; SAMPFORD, Charles (Eds.). *Encouraging Ethics and Challenging Corruption*. Sydney: Federation Press, 2002. p. 54: *“When a person obtains privileged treatment by means of a bribe (when applying for an official document such as a passport or visa, for example, or clearing goods from customs without paying duties and taxes), no other human right is necessarily directly affected except the right to equality, i.e. the right to be treated equally when obtaining the visa or when clearing goods from customs”*.

⁹ ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process. Publicado no Archives of European Sociology, 2001. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=283429>>. Acesso em: 19 nov. 2012. Ver o texto de PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone: the Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon and Schuster, 2000, e sua interessante tese de que: *“When social capital is high, citizens express confidence and trust not only in each other but also in public institutions”* (p. 35), o que se evidencia no comportamento da cidadania que se importa com os negócios públicos, fazendo melhorar os indicadores de confiabilidade no sistema institucional político e representativo.

relações interpessoais, interinstitucionais e políticas em geral, o que faz com que o Estado ganhe altos índices de legitimidade social, gerando anticorpos eficientes às patologias corruptivas cotidianas.

Como diz Lambsdorff, tais demandas envolvem Direitos Fundamentais Cíveis, Políticos, Sociais, Econômicos e Culturais, sem distinção, implicando altos custos de investimento e proteção, profundamente atingidos por atos corruptivos que esvaziam os recursos públicos:

The obligation to fulfill requires the state to take measures to ensure that people under its jurisdiction can satisfy basic needs (as recognized in human rights instruments) that they cannot secure by their own efforts. Although this is the key state obligation in relation to economic, social and cultural rights, the duty to fulfill also arises in respect to civil and political rights. It is clear, for instance, that enforcing the prohibition of torture (which requires states to investigate and prosecute perpetrators, pass laws to punish them and take preventive measures such as police training), or providing the rights to a fair trial (which requires investment in courts and judges), to free and fair elections, and to legal assistance, all require considerable costs and investments.¹⁰

Por outro lado, todos os indivíduos são dotados de Direitos Humanos, e todos os Estados estão obrigados a garantir que sua população usufrua destes Direitos. Por sua vez, cada Direito Humano tem a favor de si específicas obrigações por parte dos Estados e mesmo por parte dos indivíduos entre si¹¹; ocorre que, para as pessoas efetivamente usufruírem de seus Direitos Fundamentais, o Estado precisa cuidar para que haja condições favoráveis para

¹⁰ LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007. p. 88. Ver igualmente o texto de SZTOMPKA, Piotr. *Trust: A Sociological Theory*. Cambridge-UK: Cambridge University Press, 1999. p. 146, quando afirma que: “Democracy requires people to accept some basic rules of interaction. Trust in others makes people more willing to play by the rules since they anticipate that others will do so as well. People need to trust both public institutions and other people in order to be willing to participate in politics”.

¹¹ Na expressão de FRIEDRICH, Carl J. *The Pathology of Politics: violence, betrayal, corruption, secrecy, and propaganda*. New York: Harper and Row Publishers, 2000, p. 55: “It is widely accepted that states have a duty to protect individuals not just against violations of their human rights by state agents, but also against acts committed by private persons or entities. Indeed, in certain cases states have to take positive measures to ensure that private persons or entities do not impinge on human rights of individuals”.

tanto, assim é que se diz que os Estados precisam respeitar, proteger e fazer cumprir todos estes Direitos, sendo que:

*The obligation to respect requires states to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of human rights. The obligation to protect requires states to prevent third parties from interfering in any way with the enjoyment of human rights. States must also fulfill human rights, thus have to take positive measures to assist individuals and communities in enjoying those rights.*¹²

Há clara violação de Direitos Humanos quando um ato ou omissão do Estado não se encontra conforme suas obrigações de respeito, proteção e efetivação daqueles Direitos sob sua jurisdição. Todavia, para que se tenha mais clareza em tais questões, é importante determinar que condutas são perquiridas por parte dos Estados relacionadas a cada Direito, e isto depende, no mínimo, dos precisos termos e condições das responsabilidades destes Estados em face dos Direitos Humanos e Fundamentais – até em face do argumento normativo-positivista de obrigatoriedade legal das instituições estatais que impera no País, com reflexos na dificuldade dogmática do reconhecimento de vinculatividade daqueles Direitos vigentes nos Tratados e Pactos internacionais, ainda não plenamente incorporados na legislação nacional.

Uma primeira dificuldade hermenêutica que se coloca aqui é saber quais os sentidos que se pode atribuir à expressão *violação* (de Direitos Humanos e Fundamentais) no particular? Só há violação quando se rompe a ordem legal escrita – aqui compreendida em toda a sua extensão principiológica e regratória? Parece que sim. A uma, porque se estendeu em muito os significados e sentidos das normas jurídicas com o fenômeno – por vezes exagerado e distorcido – da abertura signíca dos conteúdos normativos, a ponto de ampliar as possibilidades configurativas de Direitos; a duas, é preciso parâmetros também objetivos de expansão dos sentidos das normas, sob pena de se instituir, com incontável subjetividade, lócus autoritários de poder decisional sobre o que significam¹³.

¹² GARDNER, John. Defining Corruption. In HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Eds.). *Political Corruption: Concepts & Contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002. p. 29.

¹³ Aprofundei estes temas em dois outros trabalhos: LEAL, Rogério Gesta. *A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Chapecó: Unoesc, 2012, e LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

Para os fins de determinar se práticas individuais corruptivas violam Direitos Humanos é indispensável, por primeiro, identificar quais ações ou omissões são exigidas do Estado para proteger, respeitar e efetivar estes Direitos, razão pela qual o claro entendimento dos objetos e conteúdos destes Direitos é necessário à delimitação das responsabilidades estatais.

Em segundo lugar, a prática corruptiva precisa ser analisada no contexto dos objetivos e conteúdos dos Direitos Humanos ou Fundamentais envolvidos, verificando se ela afeta tais conteúdos de forma direta ou indireta, e se o Estado falha em dar conta de sua obrigação de protegê-los, respeitá-los e efetivá-los.

Não há dúvidas de que a corrupção encontra-se diretamente conectada à violação dos Direitos Humanos e Fundamentais, notadamente quando os atos corruptivos são utilizados como formas de violação do sistema jurídico como um todo (o caso de suborno de servidores públicos para agilizarem procedimentos burocráticos), o que afeta, por si só, a ordem jurídica posta, além de provocar impactos localizados na rede de direitos e garantias vigente (eis que, neste exemplo, outros expedientes podem ser atrasados ou deixados de lado). Como diz Michael Johnston: *“When an individual in order to have access to health or education needs to bribe a doctor to obtain medical treatment or a teacher to be allowed to attend a class his right to health and education is infringed by corruption”*¹⁴.

Em termos de comércio mundial, parece não ser difícil encontrar situações que envolvem o pagamento de propinas para que resíduos tóxicos sejam importados ilicitamente entre determinados países, o que configura ato corruptivo de profundo impacto aos Direitos Fundamentais difusos envolvendo o meio ambiente e até de forma mais direta, em face dos riscos à saúde que pode provocar. Veja-se que, no caso, o Direito à Saúde ou o Direito ao Meio Ambiente não foram diretamente violados pelo pagamento de propina ou suborno, mas este comportamento corruptivo foi determinante para que, reflexamente, se potencializassem os riscos dos danos referidos em face da geração de cadeias contaminantes.

Para Paolo Mauro, algumas diretrizes importantes já foram constituídas à indagação sobre as tipologias de violações de direitos envolvendo atos corruptivos, a partir das quais, com mais segurança e clareza, se pode precisar o ocorrido, a saber: (a) identificar bem a prática corruptiva em jogo, estabelecendo de forma objetiva quais os comportamentos que se enquadram como tais,

¹⁴ JOHNSTON, Michael. Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption. *Polity Review*, v. 18 (3):367-391, 2001, p. 44.

identificando os perpetradores, vítimas e violações praticadas; (b) delimitar se as violações praticadas afetam efetivamente Direitos Fundamentais, demarcando bem os escopos e conteúdos destes Direitos atacados, bem como estabelecendo quais as obrigações estatais firmadas no que tange aos Direitos em questão; (c) identificar quais os âmbitos e limites de responsabilidades estatais nos casos específicos de violações daqueles Direitos, e se há providências institucionais a serem tomadas em face das vítimas e suas reparações, evidenciando ainda se os prejuízos sofridos decorreram por conta exclusiva ou concorrente da falha do Estado em respeitar, proteger e dar efetividade aos Direitos (ou seja, “*establish how direct is the connection between the corrupt act and harm suffered by the victim on the one hand, and the content of the human right and the obligation required from the state on the other hand*”)¹⁵.

Tal raciocínio se aplica de igual sorte para o tema do direito a um processo justo, estabelecido, por exemplo, pelo art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – ICCPR, da Organização das Nações Unidas – ONU, garantindo a toda pessoa humana uma justa, efetiva e eficiente administração do sistema de justiça (envolvendo todos os seus operadores), eis que ela é titular do direito de ter um tratamento equânime e ser ouvido perante qualquer competente, independente e imparcial Tribunal ou Corte¹⁶.

Em termos de Cartórios Judiciais, por exemplo, pode-se dizer que os maiores problemas verificados no Brasil, em regra, referem-se às dificuldades na gestão dos serviços burocráticos¹⁷ e, quando descontrolados pela ausência

¹⁵ MAURO, Paolo. Corruption and Growth. *Quarterly Journal of Economics*, 110-3, August, p. 681-712, 1998. Pergunta-se o autor: “*Does the corrupt act lead to other actions by other actors that eventually affect a human right? In this case, is the corrupt act an essential factor in the chain of events that lead to the infringement of a human right?*” (p. 700).

¹⁶ Estes são verdadeiros parâmetros de garantias processuais na Democracia Contemporânea, como diz PUTNAM, Robert D. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. New Jersey: Princeton University Press, 2001. p. 41: “*parameters of equality of parties, fairness of the hearing, and competence, independence and impartiality of the tribunal. These are basic rights to procedural guarantees to which all human beings are entitled to when they face the administration of justice*”. Tais parâmetros tomam especificidades maiores quando materializados no devido processo legal, tais como: “*to be informed about the charge against them promptly, in detail and in a language they understand; to have adequate time and facilities to prepare their defense; to communicate with counsel of their own choosing; to be tried without undue delay; to be tried in their presence; to defend themselves in person or through legal assistance; to examine witnesses against them and to make use of their own witnesses; to have the free assistance of an interpreter if they cannot understand the language used in court; and not to be compelled to testify against themselves or to confess guilt*”.

¹⁷ Conforme texto de GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *Administração judiciária: gestão cartorária*. Brasília: ENFAM, 2011. p. 84 e seguintes.

de correição judicante, abrem espaço para privilégios e escolhas privadas de serventuários da justiça – por conta de empatias pessoais ou mesmo por decorrência de subornos e propinas –, o que evidencia inconfundível prática corruptiva.

Veja-se que há também problemas por vezes envolvendo a não realização de audiências, intimações, citações, atos de mero expediente, atos que impliquem restrição de liberdade ou patrimonial, próprias de Oficiais de Justiça ou outros serventuários, cujas causas podem estar vinculadas a comportamentos corruptivos destes agentes em conluio com interessados, ou mesmo em face do desconhecimento das normas processuais e ausência de rotinas cartorárias que permitam a agilização necessária, ocasionando morosidade processual e cumprimento errado ou inadequado dos despachos e sentenças.

Por outro lado, o grande número de processos a despachar demonstra o emperramento processual tanto do sistema de justiça como, por vezes, no gabinete do juiz, fazendo com que o exercício da subjetividade do magistrado pese na eleição do que fazer primeiro – a despeito das diretrizes normativas cogentes que estabelecem prioridade material e processual dos interesses em litígio.

O exercício destas escolhas pelo magistrado tem de ter monitoramento gerencial e institucional, sob pena de deixar espaços sem controle passíveis de serem ocupados por atos corruptivos, principalmente quando opta o juiz pela descentralização e delegação de atribuições à Secretaria de Cartórios para expedir despachos padronizados e realizar atos de ofício – criando nova instância decisional e de poder.

Já no que diz com as sentenças, muitas vezes o acúmulo de processos prontos para julgamento demonstra, de um lado, a falta de otimização (do uso) do tempo pelo juiz (que provavelmente o desperdiça resolvendo situações que podem ser delegadas à Secretaria), mas, por outro, vai gestando cenários de descontrole institucional que fomentam comportamentos corruptivos, porque oportunizam aos interessados lançar mão do que for necessário à obtenção da prestação da tutela jurisdicional¹⁸.

¹⁸ Lembro da adequada advertência que faz ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process. Publicado no Archives of European Sociology, 2001. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=283429>>. Acesso em: 19 nov. 2012, no sentido de que: "Honesty is an important substantive value with a close connection to trust. Honesty implies both truth-telling and responsible behavior that seeks to abide by the rules. One may trust another person to behave

Na medida em que a administração do sistema de justiça se vê contaminada com estas situações corruptivas, por certo que restam violados aqueles direitos internacional e nacionalmente assegurados à pessoa humana, mesmo que não decorra daí danos materiais específicos a ela, mas o sistema foi violado, e com ele a presunção de veracidade, imparcialidade, independência e confiança nas instituições.

Outra interessante questão envolvendo este tema é o que diz com o fato de que, não raro, as Constituições contemporâneas no Ocidente têm previsto o Direito Fundamental ao Trabalho à cidadania – aliás, como já faz há tempo as normativas internacionais¹⁹, e tal direito entendido não somente como possibilidade de escolher livremente o trabalho, mas o de ter acesso a oportunidades de trabalho digno. Neste sentido, “*the right to work is complemented by the prohibition of slavery, servitude and forced and compulsory labor*” (ICCPR, Art. 8)²⁰.

A ausência de vigilância nas relações de trabalho – principalmente privadas – por parte do Estado e seus fiscais, ou mesmo a existência de conivência entre estes e empregadores ilícitos (atos corruptivos omissivos e comissivos) vão gerando redes de submissão de trabalhadores a condições indignas de labor, quase sob o regime da escravidão, com maus-tratos e violências assíduas. Direta ou indiretamente, o desvio de ativos financeiros de setores produtivos de forma ilícita vai fragilizando – entre outras coisas – as condições de trabalho e os direitos sociais consectários, o que evidencia como ações corruptivas no setor privado também impactam Direitos Fundamentais²¹.

honestly, but honesty is not identical to trustworthiness. A person may be honest but incompetent and so not worthy of trust”. Grifo meu.

¹⁹ Ver o United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 18: The Right to Work, Article 6, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 6 February 2006, §6 and §7.

²⁰ ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998. p. 66. Lembra o autor que: “*There are however, many cases of forced labor and in several of those cases corruption is somehow involved. Corruption can be linked to the restriction of the right to work if a labor inspector is bribed by an employer so laws prohibiting forced labor are not enforced. As stated above, freely chosen work is an essential element of the right to work. Hence, in this example, corruption as a necessary tool to sustain forced labor also violates the right to work*”.

²¹ Várias situações como estas estão reportadas em agências internacionais envolvendo a proteção dos direitos sociais, podendo-se aqui fazer referência ao caso da Sérvia e Montenegro, onde trabalhadores da iniciativa privada fizeram movimentos paretistas e de protestos contra os níveis de corrupção da iniciativa privada que estariam afetando diretamente os postos e condições de trabalho, resultando daí inclusive ameaças às vidas de alguns líderes operários. In U.N. Econ. & Soc. Council, Report

Em outras palavras,

*the states human right obligation to fulfill the right to work implies that states must adopt measures to ensure the full realization of the right. Insufficient expenditure or misallocation of public funds, resulting in the non-enjoyment of the right to work, has been identified as a violation of the obligation to fulfill.*²²

É este comportamento ativo do Estado que deve ser exigido em face de todas as circunstâncias e causas de potencialização dos atos corruptivos, sob pena de estar o ente público conivente com eles.

Mesmo no campo da tradicional representação política que caracteriza a Democracia Representativa, a corrupção pode trazer profundos impactos aos Direitos Fundamentais Políticos, considerando-se exatamente que esta tradição opera com a lógica de constituir um direito de cada cidadão se envolver na condução dos negócios públicos por meio do exercício do voto, ou de ser candidato, em eleições justas e livres, fundadas na ideia de sufrágio universal por meio do voto secreto – aliás, disposição expressa do Art. 25 do ICCPR²³.

Comportamentos corruptivos como a compra de votos, transformando-os em mercadorias de trocas ou vendas, visando à persuasão de outrem para a escolha de candidatos ou mesmo para abster-se de votar, constitui histórica intervenção ilícita à integridade do processo eleitoral, sem falar nas questões de abuso do poder econômico relacionado ao financiamento privado de campanhas, falseamento da contagem de votos (cada vez mais rara em face dos processos eletrônicos do sufrágio), devendo o Estado instituir mecanismos efetivos de garantia ao processo eleitoral tanto para quem vota como para quem é votado.

submitted by the Special Reporter on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression, Ambeyi Ligabo, Addendum: Mission to the State Union of Serbia and Montenegro, U.N. Doc. E/CN.4/2005/64/Add.4, 8 February 2005, §62. Neste documento está expresso claramente que: “When labor inspectors, acting as public officials, accept bribes to overlook violations of workers rights, the state itself is not respecting the rights of those workers” (p. 55).

²² Idem.

²³ Diz PINTO-DUCHINSKY, Michael. Financing politics. A global view. *Journal of Democracy*. v. 13, n. 4, October 2002. p. 03: “With regards to the right to vote, the state has the duty to ensure that individuals eligible to vote can exercise this right freely. Persons entitled to vote must be free to vote for any candidate without undue influence or coercion of any kind which may distort or inhibit the free expression of the elector’s will. Voters should be able to form opinions independently, free of violence or threat of violence, compulsion, inducement or manipulative interference of any kind. States must protect voters from any form of coercion or compulsion and from any unlawful or arbitrary interference with the voting process”.

Esta cadeia de negócios eleitorais espúrios vai gerando conexões perigosas e desestruturantes da gestão dos interesses comunitários, porque cria desdobramentos corruptivos imensos, como obrigações por vezes ilícitas dos eleitos para com seus financiadores ou comerciantes de votos, envolvendo privilégios públicos, favorecimentos financeiros, acesso diferenciado às instâncias governamentais e mesmo a cargos e funções institucionais, o que pode interferir até na racionalidade e eficiência da Administração. Backer adverte:

Corruption in the health sector can take many forms, such as bribery of regulators and medical professionals, manipulation of information on drug trials, his diversion of medicines and supplies, and corruption in procurement. Of the many ways that corruption can take place in the health sector, probably the most noticeable is corruption in hospitals. Money escapes from hospitals through opaque procurement of equipment and supplies, ghost employees, absenteeism, exaggerated construction costs, inflated hospital price tags, and requiring patients to pay bribes for treatment that should be without charge. In general terms, corruption in the health sector can be structured in three levels: corrupt practices taking place at the level of financial resources management, at the level of management of medical supplies, or at the level of the health worker and patient relationship.²⁴

Estes são problemas internacionais, basta ver a crítica generalizada que se constituiu nos Estados Unidos da América sobre o fato de o governo norte-americano investir milhões de dólares dos contribuintes para fomento de sistemas produtivos de grãos e alimentos transgênicos (que geram a conhecida *junk food*), o que os torna muito mais baratos em face dos chamados produtos mais saudáveis (*healthy food*).²⁵

²⁴ BAKER, Raymond. *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System*. Indianapolis: Wiley, 2005. p. 31. Lembra o autor, ainda, que: "A common corrupt practice in hospitals is the payment of bribes or so-called "informal payments," where patients are forced to offer bribes at hospitals in order to be treated, x-rayed, allocated a bed in the ward or operated upon. The U.N. Special Reporter on the Right to Health has stated that the accessibility to health care is hindered by corruption, particularly by the request of informal payments".

²⁵ HUFF, Ethan A. *The corruption of the Farm Bill, and why clean, organic food remains more expensive than conventional*. Disponível em: <http://www.naturalnews.com/036394_Farm_Bill_organic_food_corruption.html#ixzz2C0UUka16>. Veiculada em: 6 jul. 2012. Acesso em: 16 nov. 2012. Adverte o texto, todavia, que: "Every five years, Congress reviews the guidelines of the existing Farm Bill, and comes up with

Em pesquisa realizada na Índia, das pessoas que admitiram terem pagado algum tipo de propina para obter serviço público de saúde, 23% declararam que foram forçados a fazê-lo sob pena de não obter o atendimento buscado, enquanto que 73% admitiram tê-lo feito para obter melhores serviços²⁶.

Os recursos perdidos com a corrupção na área de saúde poderiam ser usados para comprar medicamentos, equipar hospitais, contratar equipes médicas, enfim, ampliar qualitativamente o serviço público propriamente dito, pois a ausência de infraestrutura adequada neste campo implica a negativa de acesso ao sistema de saúde pública, o que representa violação direta a Direito Fundamental. Lembrando sempre que

*al perpetuar la marginalización y la exclusión, la corrupción impide la no discriminación y fomenta la desigualdad. Según ha mostrado el Barómetro Global de la Corrupción, los pobres se ven afectados de manera desproporcionada por la corrupción y con frecuencia son ellos quienes sufren sus peores consecuencias. Estudios llevados a cabo por los capítulos de TI en Bangladesh y en México demuestran que los pagos de sobornos pueden absorber hasta una cuarta parte de los ingresos de un hogar.*²⁷

Pesquisas recentes do Fundo Monetário Internacional envolvendo 71 (setenta e um) países Ocidentais têm revelado que os que possuem os maiores indicadores de corrupção sistemática também têm as maiores taxas de mortalidade infantil, evidenciando políticas públicas baixíssimas de tratamento preventivo e curativo de gestantes e crianças²⁸. De igual sorte, o Comitê dos

new ways to allocate the nearly-trillion dollar sum typically apportioned for American agriculture programs. And since existing Farm Bill provisions are set to expire on September 30, 2012, the Obama administration is currently pushing Congress to pass a revised Farm Bill known as the Agriculture Reform, Food and Jobs Act of 2012... These and other inequities in the federal agriculture policy are what keeps America's food system both unhealthy and dominated by corporate, agricultural interests with no regard for human health".

²⁶ Disponível em: <<http://www.livemint.com/2007/05/02221904/Corruption-Catalogue-governme.html>>. Acesso em: 7 nov. 2012. Na mesma direção o trabalho, de GOPAKUMAR, Karl. *Transparency International Working Paper, Citizen Feedback Surveys to Highlight Corruption in Public Services: The Experience of Public Affairs Centre*. Bangalore, 1998.

²⁷ In INTERNATIONAL TRANSPARENCY. *Los Derechos Humanos y la Corrupción*, publicado como Documento de Trabajo 05/2008. Disponível em: www.transparencency.org. Acesso em: 12 fev. 2014.

²⁸ Ver no texto de GUPTA, Samuel; DAVOODI, H. R.; TIONGSON, E. *Corruption and the Provision of Health Care and Education Services, Governance, Corruption and Economic Performance*. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2002.

Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da União Europeia tem identificado a omissão e falhas de regulação nas atividades individuais de grupos ou corporações, bem como falhas na proteção dos consumidores em face de práticas detrimen-tosas de saúde²⁹.

O mesmo ocorre no setor da educação, já que várias experiências dão conta de que há práticas de exigir o pagamento por parte de pais de crianças para garantia de vagas em escolas públicas, para obter certos privilégios de professores nestas mesmas escolas (aulas extras, acompanhamento especial e diferenciado dos demais alunos que não pagam etc.)³⁰.

Por certo que tais práticas igualmente trazem violações ao sistema de ensino como um todo, porque rompem com os critérios de justiça social que se procura instalar com a garantia gratuita do ensino fundamental e médio igual para todos, gerando com isto não só ilicitudes no âmbito da prestação do serviço público envolvido, mas também fortes impactos nas políticas públicas de inclusão social dos estudantes e suas desenvolvuras nos processos de formação e de inserção no mercado de trabalho. Miller dá o exemplo de que,

*if parents are required to pay bribes in order to transfer a child from one school to another or simply to keep their child in school. When parents need economic resources in order to bribe the school they would prefer for their children, or when parents simply do not want to partake in corrupt practices, they are not free to choose the education institutions for their children as required by the right to education.*³¹

²⁹ HUNT, Paul. *Report of the Special Reporter on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*. Paul Hunt, U.N. Doc. E/CN.4/2006/48, 3, March 2006, p. 40. Ainda refere o texto que: “*There are numerous direct ways by which corruption can violate the right to health. The most prevalent acts of corruption violating the right to health are bribery in hospitals and embezzlement of funds and assets destined to health services. Most of those practices affect the availability, accessibility, and quality of health services. As described in this section, when the state does not come to prevent and combat such practices, corruption thus leads to a clear and direct violation of the right to health*”.

³⁰ Ver o texto de SANDEL, Michael J. *What money can't buy*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012. Ver igualmente os relatos de CESCR, General Comment No.13: The Right to Education (Article 13 of the Covenant), U.N. Doc. E/C.12/1999/10, 8 December 1999, para 6; U.N. Econ. & Soc. Council, Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Katarina Tomaševski, U.N. Doc. E/CN.4/1999/49, 13 January 1999, and subsequent reports.

³¹ MILLER, Seumas. *The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study*. New York: Cambridge University Press, 2010. A Suprema Corte dos Estados Unidos da América já teve oportunidade de afirmar, desde o caso envolvendo altos executivos da Enron Corporation, em 2010, que falhas do serviço público ocasionadas por corrupção violam o Direito Fundamental do cidadão

Exemplos como este dão a dimensão da estreita relação que há entre setor público e setor privado no processo fenomênico das ações corruptivas, pois há envolvimento de múltiplos níveis e provocações causais na espécie, gerando verdadeira cadeia de retroalimentação de ilícitos que reclamam medidas preventivas e curativas.

Recentemente, a Siemens, empresa alemã considerada uma das gigantes em engenharia, foi envolvida em escândalos de corrupção em licitações no setor de transportes no Brasil. Segundo o Jornal *Folha de São Paulo*, a multinacional admite ter atuado em *cartéis* ao lado de outras empresas multinacionais no Brasil, e teria assinado um acordo de leniência que poderia garantir à companhia e aos seus executivos imunidade administrativa e criminal, e poderia se livrar de outros problemas e “dores de cabeça” com as leis antitruste dos EUA e Europa. Imagine-se a quantidade de dinheiro envolvido nisto e os prejuízos indiretos e diretos causados ao cidadão que consome transporte público³².

No setor da gestão urbanística, por exemplo, há muitas causas de corrupção que atingem diretamente os Direitos Humanos e Fundamentais de imensos contingentes. Regra geral, em termos de constitucionalismo contemporâneo, entre os Direitos e Deveres Sociais definidos nas principais cartas políticas europeias e latino-americanas, o direito à habitação e ao urbanismo estão no mesmo plano que o direito à saúde, à educação, à segurança social e ao ambiente e qualidade de vida – aqui se incluem de forma explícita o Brasil e Portugal.

No contexto da União Europeia não existe uma política comum de habitação. Existem países que adotaram políticas de natureza mais liberal e outros em que a intervenção reguladora do Estado permitiu melhorar as respostas às necessidades dos diferentes grupos sociais. Portugal integra o primeiro grupo, situando-se no conjunto dos países que gastam menos do que

pelo fato de que “*deprive another of the intangible right of honest services*”. Ver o editorial *Supreme Court just says no to political bribery*. Disponível em: <www.articles.latimes.com/2012/jun/10/opinion>, publicado em: 10 jun. 2012, acesso em: 16 nov. 2012.

³² Disponível em: <<http://www.cidadefutura.net.br/index.php/artigos/blog-geral/entry/mobilidade-urbana-movimentada-us-trilhoes-e-e-territorio-fertil-para-corrupcao-no-mundo-todo.html>>. Acesso em: 12 fev. 2014. Ainda veicula a notícia que ex-funcionários da Siemens foram acusados de pagarem cerca de US \$ 100 milhões em subornos a funcionários argentinos, incluindo o ex-presidente Carlos Menem, para obter negócios para a Siemens, cujos títulos sejam negociados nos Estados Unidos. A Siemens passou a divulgar que adotaria regras de “Compliance” mais rígidas e passou a demitir executivos de alto escalão no mundo todo. Em 2011, o presidente da Siemens do Brasil foi demitido, como se tratava de uma medida interna de uma empresa privada, o assunto não foi devidamente esclarecido e pouco se sabe sobre o ocorrido.

1% do produto interno bruto (PIB) na sua política de habitação (enquanto que Suécia gasta 4,1% e Holanda 3,2%)³³. Tais políticas, todavia, não têm diminuído os casos de corrupção envolvendo a especulação imobiliária.

O mesmo ocorre com o Meio Ambiente, em face da expansão urbana desenfreada e irracional: basta ver os chamados projetos da indústria extrativa que podem causar o desalojamento de muitas pessoas, violando-se não só o direito fundamental ao Meio Ambiente Sustentável, mas também a garantia de uma habitação adequada e equilibrada com o ecossistema. Muitos destes projetos são desenvolvidos com desrespeito às regras urbanísticas e dos Planos Diretores (estes também violados desde suas origens por setores da construção civil e imobiliários, pelas vias do suborno, propina, formatação de leis de ocasião etc.).

Na Espanha a situação não é diferente:

*La corrupción urbanística está vinculada al hecho de que las decisiones de la Administración en esa materia generan inmensas plusvalías. Como por arte de magia, o cual milagro multiplicador de panes y peces, un acuerdo municipal que recalifique unos terrenos, supone instantáneamente un aumento de su valor que desborda los márgenes de beneficio de cualquiera otra actividad o negocio. No hace falta invertir, ni producir nada, una simple decisión Administrativa milagrosamente multiplica el precio del suelo. Y entonces, ¿por qué estas plusvalías que “asombrosamente” crea la Administración no son incorporadas a su patrimonio, máxime si estamos hablando de una Administración democrática que, como nos recuerda Hacienda cuando de cobrar se trata, somos todos?, ¿por qué se regalan a unos particulares que nada han hecho para apropiárselas? Ésta es la clave de la corrupción urbanística, su última ratio: una decisión de un organismo público hace que el precio de suelo multiplique su valor instantáneamente.*³⁴

³³ In *La politique du logement dans les États membres de L'Union Européenne*. Union Européenne, Direction Generale des Études (Document de Travail), Série Affaires sociales. Disponível em: <http://europa.eu.it/comm/regional_policy>. Acesso em: 12 fev. 2014.

³⁴ DÍAZ, Fernando Gaja I. ¿Corrupción urbanística o corrupción del Urbanismo? Disponível em: <<http://personales.upv.es/fgaja/publicaciones/corrupcion.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

Isto tudo mostra o grau de complexidade que toma os impactos perniciosos da corrupção aos Direitos Humanos e Fundamentais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso reconhecer, ao fim e ao cabo, as múltiplas redes de relações que estão imbricadas ao tema da corrupção, pois quando ela se dá enquanto causa de emendas orçamentárias supressivas, aditivas, realocativas, em tese lícitas, estes atos administrativo-legislativos afetam intensamente todos os bens e interesses públicos que sofreram alguma restrição neste particular: no caso da educação (quando tem créditos reduzidos), é a qualidade do ensino que cai ou se vê prejudicada; o que se dá também na saúde, segurança pública (veja-se o sistema carcerário e prisional brasileiro³⁵), transporte etc.

Interessante notar que inclusive em termos de discriminação os comportamentos corruptivos podem ser enquadrados, ao menos no que diz com a percepção deste tema por parte do Comitê de Direitos Humanos da Comunidade Europeia, que definiu aquela como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada em qualquer nível ou grau racial, de cor, sexo, linguagem, crença religiosa, política ou de opinião, de origem nacional ou social, de propriedade ou nascença, e que tenha ainda a intenção de nulificar ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício por todas as pessoas de direitos humanos e fundamentais³⁶. Quer dizer, a existência de corrupção em qualquer segmento – público ou privado – inexoravelmente causa algum tipo de discriminação individual e social.

Por tais razões é que as convenções internacionais contra a corrupção – entre elas a Convenção Interamericana, de 1996, incorporada ao Direito interno brasileiro em 7 de novembro de 2002, pelo Decreto nº 4.410, e a das Nações Unidas, de 2003, também promulgada no País – põem toda sua ênfase na adoção,

³⁵ Idem. Aduz o autor que: *“Likewise, corruption by way of embezzlement of funds that are destined to finance prison services may result in fewer resources and deteriorating detention conditions. Everyone deprived of their liberty in prisons, hospitals, detention camps, correctional institutions, or elsewhere have the right to be treated with humanity and dignity (ICCPR Art.10). For example, in the treatment of prisoners, humanity and dignity means: minimum floor space and cubic content of air for each prisoner, adequate sanitary facilities, clothing which in no manner should be degrading or humiliating, a separated bed, and food of adequate nutritional value”*.

³⁶ *United Nations Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR), General Comment No. 18, Op. cit.*

pelos países signatários, de medidas preventivas, reconhecidas, cada vez mais, como o caminho adequado para atacar as raízes desta verdadeira patologia³⁷.

Pode-se dizer que os movimentos internacionais anticorrupção estão atentos à corrupção política/governamental (de todos os Poderes de Estado), em especial com alguns casos mais impactantes em termos de práticas corruptivas aos Direitos Humanos e Fundamentais, tais como os que envolvem o Poder Judiciário, visto anteriormente, já que afetam a própria confiança nas instituições democráticas que deveriam dar efetividade e eficácia a tais Direitos.

Em pesquisa tópica sobre o tema, o Barômetro Global da Corrupção referiu que um de cada quatro cidadãos que teve contato com a polícia – nos países pesquisados – teve de pagar suborno para ver atendida sua demanda³⁸. Veja-se que uma corrupção neste nível pode provocar reações em cadeia de violações de Direitos Humanos envolvendo o cumprimento da lei por órgãos de segurança pública oficial e a prerrogativa cidadã de liberdade e segurança³⁹. Indo ainda mais longe, as prisões e segregações que ocorrem diuturnamente na esfera penal – no Brasil e no exterior –, quando injustificadas e para as quais se buscam formas ilícitas e corruptas de solução, estão a violar o Direito Fundamental de não ser detido de maneira arbitrária ou ilegal (e mantido assim). Ainda:

Si un caso es llevado a los tribunales, la presencia de jueces corruptos viola el derecho del acusado a un juicio justo e imparcial. La corrupción distorsiona las decisiones judiciales y puede traer como resultado veredictos injustos o absoluciones inmerecidas – lo cual afecta los derechos del individuo a un

³⁷ Ver o texto de BALB, Ronald da Silva. *Uma longa história de corrupção: dos anões às sanguessugas*. Revista da CGU/Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Brasília: CGU, a. 1, n. 1, 2006.

³⁸ Conforme trabalho de KOEHLIN, Lucy. *An Evaluation of National Integrity Systems for a Human Rights Perspective*. Genebra: International Council on Human Rights Policy, 2007.

³⁹ INTERNATIONAL TRANSPARENCY. *Los Derechos Humanos y la Corrupción*. Op. cit., p. 04. Adverte o texto que: “El movimiento anticorrupción ha estado combatiendo la corrupción política y judicial para lograr una mejor participación y representación de los ciudadanos en una democracia. Se ha centrado en obtener información y promover la transparencia con vistas a facilitar a los individuos la toma de decisiones bien fundamentadas al participar en los procesos democráticos de sus países. El espacio para que la sociedad civil pueda actuar en los ámbitos de la lucha por los derechos humanos y contra la corrupción lo crean los gobiernos, al respetar y garantizar las libertades civiles y los derechos, tales como la libertad de acceso y divulgación de la información y la libertad de reunión y asociación pacíficas. Sin estas condiciones, la labor de los activistas anticorrupción y de derechos humanos se ve amenazada y se vuelve imposible conseguir transparencia y rendición de cuentas en el sector público”.

*juicio justo e imparcial y el derecho a un resarcimiento eficaz para la víctima.*⁴⁰

Mais que isto, os ciclos de corrupção conduzem a carências imensas de legitimidade e voz política, autorizando perigosamente a redução de prestação de contas dos governos e mesmo de altos funcionários públicos em face dos grupos menos favorecidos que sofrem com os seus efeitos deletérios, o que pode, inclusive, induzir comportamentos massivos de adesão social à corrupção, seja para conseguir com as regras hegemônicas do jogo político sobreviver as violações perpetradas; seja para gerar indiferença/anomia social reativa diante da perda da confiança.

REFERÊNCIAS

ANECHIARICO, Frank; JACOBS, James B. *The Pursuit of Absolute Integrity: How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: University of Chicago Press, 1998.

BAKER, Raymond. *Capitalism's Achilles Heel: Dirty Money and How to Renew the Free-Market System*. Indianapolis: Wiley, 2005.

BALB, Ronald da Silva. *Uma longa história de corrupção: dos anões às sanguessugas*. Revista da CGU/Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Brasília: CGU, a. 1, n. 1, 2006.

CESCR, General Comment No.13: The Right to Education (Article 13 of the Covenant), U.N. Doc. E/C.12/1999/10, 8 December 1999, para 6; U.N. Econ. & Soc. Council, Preliminary Report of the Special Rapporteur on the Right to Education, Katarina Tomaševski, U.N. Doc. E/CN.4/1999/49, 13 January 1999.

DÍAZ, Fernando Gaja I. ¿Corrupción urbanística o corrupción del Urbanismo? Disponível em: <<http://personales.upv.es/fgaja/publicaciones/corrupcion.pdf>>. Acesso em: 12 fev. 2014.

FRIEDRICH, Carl J. *The Pathology of Politics: violence, betrayal, corruption, secrecy, and propaganda*. New York: Harper and Row Publishers, 2000.

⁴⁰ Idem, p. 09. Diz o documento que: “A nivel sistémico, la corrupción desvía fondos originalmente destinados a servicios sociales que constituyen una asistencia vital para los más necesitados. El Informe Global de la Corrupción de 2006 sobre el Sector de la Salud mostró que la corrupción en ese sector encarece los servicios de atención sanitaria o los hace inaccesibles o inexistentes, para amplios grupos de la sociedad. Cuando no hay acceso a servicios sanitarios, el Estado fracasa en asegurar de manera gradual y plena el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud (Art. 12, PIDESC)”.

GARDNER, John. Defining Corruption. In HEIDENHEIMER, Arnold J.; JOHNSTON, Michael (Eds.). *Political Corruption: Concepts & Contexts*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2002.

GOPAKUMAR, Karl. *Transparency International Working Paper, Citizen Feedback Surveys to Highlight Corruption in Public Services: The Experience of Public Affairs Centre*. Bangalore, 1998.

GRANGEIA, Marcos Alaor Diniz. *Administração judiciária: gestão cartorária*. Brasília: ENFAM, 2011.

GUPTA, Samuel; DAVOODI, H. R.; TIONGSON, E. *Corruption and the Provision of Health Care and Education Services, Governance, Corruption and Economic Performance*. Washington, D.C.: International Monetary Fund, 2002.

HUFF, Ethan A. *The corruption of the Farm Bill, and why clean, organic food remains more expensive than conventional*. Disponível em: <http://www.naturalnews.com/036394_Farm_Bill_organic_food_corruption.html#ixzz2C0UUka16>. Veiculada em: 6 jul. 2012. Acesso em: 16 nov. 2012.

HUNT, Paul. *Report of the Special Reporter on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health*. Paul Hunt, U.N. Doc. E/CN.4/2006/48, 3, March 2006.

INTERNATIONAL TRANSPARENCY. *Los Derechos Humanos y la Corrupción*, publicado como Documento de Trabajo 05/2008. Disponível em: www.transparency.org. Acesso em: 12 fev. 2014.

JOHNSTON, Michael. Right and Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption. *Polity Review*, v. 18 (3):367-391, 2001.

KOECHLIN, Lucy. *An Evaluation of National Integrity Systems for a Human Rights Perspective*. Genebra: International Council on Human Rights Policy, 2007.

LAMBSDORFF, Johann Graf. *The Institutional Economics of Corruption and Reform: Theory, Evidence and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Patologias Corruptivas nas relações entre Estado, Administração Pública e Sociedade: causas, consequências e tratamentos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2014.

_____. *A Decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais*. Chapecó: Unoesc, 2012.

_____. (Org.). *Ativismo Judicial e Déficits Democráticos: algumas experiências latino-americanas e européias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAURO, Paolo. Corruption and Growth. *Quarterly Journal of Economics*, 110-3, August, p. 681-712, 1998.

MILLER, Seumas. *The Moral Foundations of Social Institutions: A Philosophical Study*. New York: Cambridge University Press, 2010.

PINTO-DUCHINSKY, Michael. Financing politics. A global view. *Journal of Democracy*. v. 13, n. 4, October 2002.

PRESTON, Noel; SAMPFORD, Charles (Eds.). *Encouraging Ethics and Challenging Corruption*. Sydney: Federation Press, 2002.

PUTNAM, Robert D. *Bowling Alone: the Collapse and Revival of American Community*. New York: Simon and Schuster, 2000.

PUTNAM, Robert D. *Making Democracy Work: Civic Traditions in Modern Italy*. New Jersey: Princeton University Press, 2001.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process. Publicado no Archives of European Sociology, 2001. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=283429>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

ROSE-ACKERMAN, Susan. Trust, Honesty, and Corruption: Reflection on the State-Building Process. Publicado no Archives of European Sociology, 2001. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=283429>>. Acesso em: 19 nov. 2012.

SANDEL, Michael J. *What money can't buy*. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2012.

STARLING, Heloisa Maria Murgel. Ditadura Militar. In: AVRITZER, Leonardo (Org.). *Corrupção: ensaios e críticas*. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

SZTOMPKA, Piotr. *Trust: A Sociological Theory*. Cambridge-UK: Cambridge University Press, 1999.

UNITED NATIONS COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR), General Comment No. 18: The Right to Work, Article 6, U.N. Doc. E/C.12/GC/18, 6 February 2006, §6 and §7.

Sites

www.articles.latimes.com/2012/jun/10/opinion. Publicado em: 10 jun. 2012. Acesso em: 16 nov. 2012.

<http://www.livemint.com/2007/05/02221904/Corruption-Catalogue-governme.html>. Acesso em: 7 nov. 2012.

<http://www.nytimes.com/2012/10/10/world/americas/brazilian-corruption-case-raises-hopes-for-judicial-system.html>. Acesso em: 15 jan. 2013.

DIREITO E BIOÉTICA NO SÉCULO XXI: O PAPEL DA PROTEÇÃO JURÍDICA DA DIGNIDADE HUMANA NO ESTABELECIMENTO DE MARCOS NORMATIVOS ADEQUADOS

LAW AND BIOETHICS IN THE XXI CENTURY: THE ROLE OF THE LEGAL PROTECTION OF HUMAN DIGNITY IN THE SETTING OF ADEQUATE REGULATIONS

Vicente de Paulo Barretto¹

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos
(Rio Grande do Sul)

Henrique Abel²

Doutorando em Direito pela Unisinos (Rio Grande do Sul)

RESUMO: As novas possibilidades abertas pelo desenvolvimento científico nas últimas décadas abrem as portas para possibilidades que se aproximam perigosamente da combatida ideia de eugenia, universalmente rejeitada após a Segunda Guerra Mundial. Se faz necessário estabelecer novos caminhos para a bioética, por meio do

estabelecimento de distinções entre técnicas voltadas para diferentes finalidades e de uma reflexão aprofundada sobre a ideia de “dignidade humana” para além dos limites consagrados no pensamento de Kant.

PALAVRAS-CHAVE: Bioética; dignidade humana; marcos normativos.

¹ Decano da Escola de Direito da Unisinos (Rio Grande do Sul). Pós-Doutor pela Maison des Sciences de L’Homme, Paris. Professor visitante da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Autor de *Camus, o perfil da revolta*, *As máscaras do poder*, *Ideologia e política no pensamento de José Bonifácio de Andrada e Silva*, *A evolução do pensamento político brasileiro*, *O fetiche dos direitos humanos* e outros. Consultor *ad hoc* da área de Direito e de Filosofia da Capes. Consultor *ad hoc* da área de Direito do CNPQ.

² Mestre em Direito pela Unisinos (Rio Grande do Sul). Advogado (OAB/RS 61.097). Professor de Filosofia do Direito e Ciência Política do curso de Direito da Universidade Feevale (Rio Grande do Sul).

ABSTRACT: *The new possibilities opened up by scientific development in recent decades open the doors to scenarios dangerously close to the idea of eugenics, universally rejected and panned after the end of the Second World War. It's necessary to establish new avenues for bioethics, through clear distinctions between techniques geared for different purposes and in-depth reflection on the limits of the idea of "human dignity" enshrined in Kant's thought.*

: Bioethics; human dignity; regulatory frameworks.

SUMÁRIO: 1 O surgimento da bioética: primeiras diretrizes, princípios e marcos normativos; 2 Em busca da perfeição: um perigoso flerte com a eugenia; 3 Conclusão: a dignidade humana como princípio máximo e a necessidade de superação do dualismo kantiano; Referências.

SUMMARY: *1 The emergence of bioethics: first guidelines, principles and legal frameworks; 2 In pursuit of perfection: a dangerous flirtation with eugenics; 3 Conclusion: human dignity as the number one principle and the need to overcome the Kantian dualism; References.*

1 O SURGIMENTO DA BIOÉTICA: PRIMEIRAS DIRETRIZES, PRINCÍPIOS E MARCOS NORMATIVOS

A bioética surge, na segunda metade do século XX, como uma necessidade imposta pelo acelerado avanço científico em múltiplas áreas do conhecimento humano, sobretudo a biologia.

Diante de um novo e impressionante quadro de possibilidades aberto pelo avanço da técnica e da pesquisa, temos como resposta o surgimento de um novo campo de estudo dentro da filosofia, que nasce com o propósito de permitir a reflexão e a crítica dos procedimentos técnico-científicos na área da biologia, bem como apontar para possíveis caminhos para que também o Direito possa estar apto a dar respostas para as novas problemáticas que exsurgem das potencialidades inovadoras possibilitadas pelo avanço científico.

A criação do termo "bioética" é frequentemente atribuída ao bioquímico norte-americano Van Rensselaer Potter, que popularizou o termo nos anos 1970. Todavia, a origem da expressão precede o trabalho de Potter em pelo menos meio século, encontrando a sua primeira formulação na obra do pastor protestante alemão Fritz Jahr – mais precisamente em um artigo publicado por ele no ano de 1927, intitulado "Bio-Ethik. Eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze".

Naquele artigo, Jahr já antecipava parte das grandes questões que viriam a definir o campo de reflexão da bioética, construindo também o conceito de *imperativo bioético*.

Jahr buscava promover uma espécie de “casamento” entre a religião cristã e a ciência do começo do século XX, sustentando que as suas conclusões estão atreladas a esta última e podem ser verificadas independentemente de adesão religiosa.

Seu imperativo categórico pode ser resumido da seguinte forma: a ciência, para o autor, teria demonstrado que não existem fundamentos para uma separação estrita e hierárquica entre humanos e animais, e que isso validaria cientificamente uma leitura que já era possível dentro do contexto das Sagradas Escrituras, qual seja: de que todos os seres vivos, incluindo plantas e animais, são merecedores de consideração moral³.

Segundo Jahr, este imperativo bioético deveria ser orientado por uma nova postura, que superasse o antropocentrismo, o formalismo e a preocupação com a reciprocidade⁴. Isso porque o autor sustenta que não apenas plantas e animais não possuem condições de tecer considerações morais, de assumir responsabilidades e de retribuir os cuidados que recebem, mas também muitos seres humanos, embora teoricamente capazes para tanto, igualmente também não irão agir com reciprocidade em relação aos seus semelhantes.

³ Jahr expressará o imperativo bioético com a seguinte formulação sintética: “*Respect every living being on principle as an end in itself and treat it, if possible, as such*” (ZAGORAC, Ivana. *Fritz Jahr’s Bioethical Imperative. Synthesis Philosophica*, ed. 51 (1/2011), p. 144. Disponível em: <<http://philpapers.org/rec/ZAGFJB>>. Acesso em: 2 mar. 2014).

⁴ Jahr buscava conciliar a sua visão religiosa (ou seja, de que o Quinto Mandamento já consagrava, nas Sagradas Escrituras, não apenas o respeito à vida humana, mas também o respeito a todas as formas de vida) com a filosofia kantiana e com as descobertas recentes da ciência do final do século XIX e começo do século XX, que removeram o homem do seu tradicional “trono” de criação máxima do mundo natural, demonstrando nossos profundos e ancestrais laços com outras formas de vida animal. Importante observar ainda que, apesar da formulação de seu imperativo bioético, Jahr não era alheio às dificuldades de realizar, na prática, este mandamento de respeito universal a todas as formas de vida. Ele estava ciente de que muitas vezes o ser humano é obrigado a matar plantas e animais para razões de sobrevivência. Dessa forma, o imperativo bioético por ele sustentado não deve ser entendido como uma proibição absoluta de tirar a vida de todo e qualquer animal ou planta, mas sim como uma necessidade de que qualquer procedimento desse tipo seja moral e racionalmente justificável, jamais de forma gratuita ou desnecessária.

Para Jahr, o fato de que muitas pessoas fatalmente não observarão o imperativo bioético não pode ser usado como desculpa *a priori* para a não adoção deste imperativo⁵.

Embora as reflexões sobre o que viria a constituir o campo de estudo da bioética tenham se consolidado há mais de quarenta anos, com o trabalho de Potter e com o estabelecimento dos princípios da bioética⁶, a efetiva influência destas reflexões no campo jurídico e normativo se deu de forma mais lenta. De certa forma, pode-se dizer que foi apenas com o impacto dos avanços obtidos na área da clonagem de animais e dos alimentos transgênicos, em meados dos anos 1990, que a comunidade internacional “despertou” para a necessidade de estabelecimento de marcos normativos, ainda que genéricos e imprecisos.

Em 1996, o anúncio da primeira clonagem bem-sucedida de um mamífero por meio de uma célula adulta (a famosa ovelha “Dolly”) serviu como um verdadeiro alerta para o mundo. Com efeito, práticas que pareciam restritas à

⁵ “The bioethical imperative does not care much about the reciprocity of reaction – animals and plants cannot reciprocate in equal measure, not even humans will reciprocate, but that does not diminish either the strength of the imperative of the inclusiveness of the objects of man’s moral concern. The reciprocity of action is precluded by the unconditionality of the imperative itself.” (Idem, p. 144)

⁶ “Os chamados princípios da bioética foram formulados pela primeira vez, em 1978, quando a ‘Comissão norte-americana para a proteção da pessoa humana na pesquisa biomédica e comportamental’, apresentou no final dos seus trabalhos o chamado *Relatório Belmont*; este texto respondia àquelas exigências, acima referidas, vindas da comunidade científica e da sociedade no sentido de que se fixassem princípios éticos a serem obedecidos no desenvolvimento das pesquisas e que deveriam ser considerados quando da aplicação de recursos públicos nessas atividades científicas. O *Relatório Belmont* estabeleceu os três princípios fundamentais da bioética, em torno dos quais toda a evolução posterior dessa nova área do conhecimento filosófico iria desenvolver-se: o princípio da beneficência, o princípio da autonomia e o princípio da justiça, chamado por alguns autores de princípio da equidade. As normas biojurídicas, promulgadas, desde então, em países pioneiros na legislação do biodireito, como a Grã-Bretanha, Austrália e França, tiveram como referencial último esses princípios estabelecidos pelo *Relatório Belmont*. O exame desses princípios permite que se tenha uma ideia, no entanto, de suas limitações como princípios fundadores de uma ética e de um biodireito na sociedade pluralista e democrática. O princípio da beneficência deita suas raízes no reconhecimento do valor moral do outro [...]; o princípio da autonomia estabelece a ligação com o valor mais abrangente da dignidade da pessoa humana [...]; o princípio da justiça ou da equidade estabelece, por fim, que a norma reguladora deve procurar corrigir, tendo em vista o corpo-objeto do agente moral, a determinação estrita do texto legal. Verificamos que os três princípios correspondem a momentos e perspectivas subsequentes na evolução da bioética, e em consequência do biodireito: o momento e a perspectiva do médico em relação ao paciente; o momento e a perspectiva do paciente que se autonomiza em relação à vontade do médico; e, finalmente, o momento e a perspectiva da saúde do indivíduo na sua dimensão política e social.” (BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 280-281)

ficção científica, até alguns anos, agora eram exibidas como autênticas realizações da ciência e anunciadas nas páginas dos jornais.

O deslumbramento com a chegada da humanidade neste novo patamar tecnológico veio acompanhado, por óbvio, do compreensível temor em relação às possibilidades que tais descobertas abriam no que diz respeito a uma série de possíveis horrores: a clonagem de seres humanos, a relativização ou desvalorização da vida dos homens e animais (reduzida a um mero “produto de laboratório”), a “privatização” de códigos genéticos de plantas e animais por parte de conglomerados econômicos, etc. – um verdadeiro catálogo de pesadelos biotecnológicos que, em um passado recente, seriam tão somente objeto das sinistras distopias futuristas da ficção científica.

Como uma rápida tentativa de resposta das instituições político-jurídicas internacionais para este cenário, em 1997 a Unesco aprovou a *Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos*. Inspirada pelas preocupações que estavam na ordem do dia, a declaração é especialmente rigorosa no que diz respeito à questão da clonagem humana, estabelecendo a proibição total e irrestrita de qualquer pesquisa ou prática nesta seara.

O célebre documento também consagra a proteção ao genoma humano, estabelecendo este, em seu art. 1º, sendo “a base da unidade fundamental de todos os membros da família humana [...]”. Diz a declaração que o genoma humano, ainda, “[...] num sentido simbólico, é o patrimônio da humanidade”⁷. Sobre a referida Declaração, cumpre destacar o seguinte:

A Declaração, como não poderia deixar de ser, não proíbe pesquisas, tratamentos e diagnósticos que afetem o genoma humano. Primeiro porque se trata de processo incontornável e segundo porque as aplicações delas resultantes abrem amplas perspectivas para o progresso na melhoria da saúde de indivíduos e da humanidade como um todo. Ao contrário, a Declaração tem por escopo impor limites a práticas que extrapolem esses objetivos, na tentativa de evitar os riscos que a engenharia genética é capaz de acarretar à humanidade e ao meio ambiente. Para tanto, a Declaração assume como pressupostos a dignidade, a liberdade e os

⁷ Texto integral da Declaração, em língua portuguesa, disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001229/122990por.pdf>> (Acesso em: 3 mar. 2014).

direitos humanos, bem como a proibição de todas as formas de discriminação baseadas em características genéticas.⁸

Em 2005, por sua vez, a Unesco aprovou a *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Esta nova declaração abrangia uma série de novas questões, como a importância do consentimento do paciente em qualquer tratamento médico, a importância da partilha social dos benefícios decorrentes do avanço da ciência e a importância da proteção dos interesses das gerações futuras.

A Declaração elencava, ainda, a avaliação e gestão dos riscos como uma das referências básicas para nortear a aplicação dos princípios elencados na referida carta. A preocupação com a dignidade humana aparece, aqui, ao lado de uma série de outras preocupações fundamentais do campo da bioética, como a proteção do meio ambiente, da biosfera e da biodiversidade.

No mesmo ano, entrou em vigor no Brasil a Lei nº 11.105/2005, a chamada *Lei de Biossegurança*. A nova legislação estabeleceu normas de segurança para organismos geneticamente modificados, criou o Conselho Nacional de Biossegurança e a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança, e estabeleceu novas previsões legais de responsabilidade civil e administrativa em casos de danos causados ao meio ambiente e a terceiros.

A nova lei estabeleceu, ainda, a tipificação de quatro crimes relativos à matéria: a utilização de embrião humano em desacordo com o disposto na referida lei; a prática de engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano; a realização de clonagem humana e a liberação, descarte, produção, armazenamento, transporte, comercialização, importação ou exportação de organismo geneticamente modificado no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

A consagração destes marcos normativos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, seja por meio da adesão às declarações firmadas junto à comunidade internacional, seja através das normas de direito interno promulgadas pelo Legislativo, tiveram o condão de colocar o Brasil em alinhamento e harmonia com as construções político-jurídicas estabelecidas internacionalmente pelo avanço do campo da bioética.

⁸ BRAGATO, Fernanda Frizzo. Os direitos do humano em risco na sociedade tecnocientífica. In: ENGELMANN, Wilson (Org.). *As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar*. Curitiba: Honoris Causa, 2011. p. 29.

No entanto, conforme veremos mais adiante no presente trabalho, isso está longe de significar consenso tranquilo e segurança jurídica plena no âmbito da jurisprudência pátria no que diz respeito ao biodireito. Como se verá, ainda persiste uma série de incongruências e incoerências entre os precedentes mais importantes já estabelecidos pelo Judiciário brasileiro e entre os princípios e as implicações das declarações internacionais relativas à bioética, das quais o Brasil é signatário.

O que é certo, na análise destes primeiros marcos principiológicos e normativos estabelecidos nas últimas quatro décadas, é que a doutrina dos direitos humanos – erguida na segunda metade do século XX como resposta aos horrores da Segunda Guerra Mundial – serviu de modelo e orientação para a bioética, no que diz respeito ao estabelecimento de limites à pesquisa e à técnica, no sentido de que o desenvolvimento destas estejam sempre profundamente atrelado com o progresso, entendido não apenas como avanço tecnocientífico, mas sobretudo como desenvolvimento humano, visando à melhoria das condições de vida e saúde humanas, beneficiando a coletividade sem prejuízo da dignidade de cada ser humano individualmente considerado, para que a ciência caminhe conciliada com a prudência na gestão dos riscos potenciais das novas pesquisas e técnicas, e sempre orientada por princípios éticos que observem a dignidade humana como axioma primeiro e fundamental.

2 EM BUSCA DA PERFEIÇÃO: UM PERIGOSO FLERTE COM A EUGENIA

As novas possibilidades abertas pelo desenvolvimento científico nas últimas décadas nos coloca diante de cenários outrora restritos ao terreno imaginário da ficção científica: aperfeiçoamento genético de seres humanos, eliminação de características físicas indesejáveis, engenharia genética, clonagem, “encomenda” de filhos com todas as características genéticas e propensões desejadas pelos pais, etc. Tratam-se, no entanto, de possibilidades que se aproximam perigosamente da combatida ideia de eugenia, universalmente rejeitada após a Segunda Guerra Mundial.

A história da eugenia é cercada de mitos. Entre as democracias ocidentais contemporâneas, o imaginário coletivo geralmente concebe a eugenia como uma sinistra invenção dos nazistas à época da Alemanha de Hitler, ou seja: uma ideia intrinsecamente imoral e perversa, rejeitada desde o berço por todos os bons corações democratas do mundo ocidental e que só encontrou espaço e eco dentro da perversão moral e sombria da macabra ideologia nazista.

Nada poderia ser mais distante da realidade. Com efeito, a ideia de eugenia é um mero subproduto do chamado darwinismo social, corrente de pensamento que emerge na segunda metade do século XIX – não na Alemanha (e muito menos entre os nazistas, já que isso acontece pelo menos cinquenta anos antes da ascensão do nazismo ao poder), mas sim na Inglaterra e nos Estados Unidos. Todos os grandes expoentes do darwinismo social, sem exceção, eram ingleses: Thomas Huxley (1825-1895), Herbert Spencer (1820-1903) e Francis Galton (1822-1911) – que não apenas foi um dos pioneiros nos estudos sobre eugenia como cunhou a própria expressão, sendo conhecido, com propriedade, como “o pai da eugenia”.

Igualmente equivocado seria acreditar que os trabalhos, as teses e as pesquisas conduzidas por estes cientistas se trataram de “exceções pontuais”, que não encontraram eco em seu lugar e época e só vieram a ser adotadas com o advento do nazismo. Aqui, igualmente, a história impõe uma verdade inconveniente: a ideia de eugenia e os pressupostos centrais do darwinismo social eram celebrados, nos Estados Unidos e na Inglaterra, tanto antes da ascensão do nazismo quanto durante os anos de Hitler no poder.

A maciça rejeição à ideia de eugenia só se consagrou depois de terminada a Segunda Guerra Mundial, após o mundo tomar conhecimento do Holocausto e das desumanas pesquisas científicas levadas a cabo pelo nazismo. Depois disso, o mundo ocidental democrático tratou, rapidamente, de reescrever a história, alterando retroativamente os fatos e “varrendo para debaixo do tapete” o indecente romance que a comunidade científica dos EUA e da Inglaterra tiveram, por décadas a fio, com as ideias e práticas de eugenia.

Hoje, alguns autores na área da bioética e da filosofia do Direito alertam para um risco de ressurgimento da eugenia no século XXI. Um destes autores é Michael J. Sandel, professor da Universidade de Harvard e ex-integrante do *President's Council on Bioethics* (na gestão do ex-presidente norte-americano George W. Bush). Em seu livro *The Case Against Perfection: Ethics in the Age of Genetic Engineering* (2007), Sandel faz um alerta para os diversos perigos que o avanço da técnica nas chamadas “ciências da vida” pode vir a trazer, de imediato e no futuro próximo, para a dignidade e para as relações humanas, inclusive nas relações entre pais e filhos. Sandel também busca delimitar alguns parâmetros morais aptos a orientar as posições que devem ser adotadas pela bioética. “Quando a ciência anda mais rápido do que o entendimento moral, como acontece hoje, homens e mulheres lutam para articular seu desconforto”, diz o autor.

De fato, as questões que se colocam passam muito longe de uma solução fácil, que poderia ser algo como “proibir qualquer prática ou pesquisa em nome da dignidade humana”. Lidamos com problemas novos e de grande complexidade: Existe algum caso no qual a manipulação genética pode ser aceitável? Devemos tomar decisões sobre o perfil genético de nossos filhos e interferir nesse processo tradicionalmente natural? Em caso afirmativo, quais seriam os limites para tal intervenção – se é que eles existem? Os pais têm o direito de decidir as características físicas e as inclinações intelectuais, esportivas e sociais que os seus filhos terão? E a limitação das pesquisas científicas, não pode implicar em prejuízo para o avanço da medicina, inviabilizando ou retardando o tratamento ou a cura de doenças que fazem milhares de vítimas humanas em todo o mundo, todos os anos?

Para responder estas questões, Sandel trabalha como uma distinção importante entre *curing* e *improving*, ou seja, entre aquelas pesquisas, técnicas e procedimentos da área médica que visam a tratar e a curar pessoas doentes e aquelas que visam a “melhorar” o ser humano em termos gerais, buscando não a saúde física dos indivíduos, mas sim um verdadeiro “aperfeiçoamento” genético dos mesmos.

O autor defenderá a ideia de que o grande problema a ser enfrentado hoje pela bioética vem a ser justamente essa ideia da engenharia genética como ferramenta de *improving* da natureza humana e de controle, por parte dos pais, do destino genético de seus filhos.

Mas, afinal de contas, por que o aperfeiçoamento genético do ser humano seria algo intrinsecamente errado, do ponto de vista ético e moral? Sandel demonstra que construir um argumento nesse sentido não é tão fácil quanto pode parecer em um primeiro momento, e que boa parte das objeções comumente arguidas contra esse tipo de prática não se sustentam em termos racionais.

Por exemplo: frequentemente é apontado o fato de que a seleção de genes poderia vir a criar “duas espécies” de seres humanos, na medida em que estabeleceria um novo fosso entre ricos e pobres, sendo que os primeiros se veriam beneficiados pelas novas técnicas medicinais e curativas e pela prerrogativa de escolha ampla das características genéticas de seus filhos, ao passo que todo este universo de possibilidades medicinais e de aperfeiçoamento genético encontraria-se fechado para todo aquele enorme contingente de pessoas que não teria condições de pagar pelo acesso a elas⁹.

⁹ “Podemos até ver no horizonte o perfil dos ricos como uma nova raça biológica, protegidos de doenças e melhorados por clonagem e intervenções genéticas, enquanto as mesmas tecnologias são usadas

Trata-se de um ótimo argumento contra a desigualdade socioeconômica, mas de um péssimo argumento contra a engenharia genética e a ideia de *improving* em si. Isso porque a injustiça e o “defeito moral”, no argumento *supra*, residiriam no fato da desigualdade gerada pelas condições socioeconômicas, e não pelas novas técnicas e pesquisas científicas em si. Com efeito, no mundo atual, centenas de milhões de pessoas não têm acesso à Internet de alta velocidade, computadores pessoais, *tablets*, *smartphones*, televisão a cabo, planos de saúde privados, automóveis, cirurgias estéticas, produtos de beleza, etc. Nem por isso, no entanto, cogitaríamos de rotular quaisquer desses serviços ou produtos como intrinsecamente imorais pelo simples fato de que o modelo econômico hoje globalmente vigente é incapaz de assegurar que estas facilidades possam ser usufruídas de forma igualitária e homogênea por todos os seres humanos.

Significa dizer: o simples fato de uma nova técnica, um serviço ou um utensílio não estar disponível (pelo menos de imediato ou a curto prazo) para todas as pessoas do planeta não significa, por si só, que esta técnica, este serviço ou este utensílio atente à dignidade humana. Até porque, falando especificamente sobre a área das ciências da saúde, é natural e corriqueiro que tratamentos e técnicas que surgem “caríssimos”, em um primeiro momento, se tornem progressivamente mais acessíveis justamente à medida que se tornam mais convencionais e populares.

A desigualdade que surge em um primeiro momento é, assim, compensada pelo ganho que o avanço da técnica representa ao se tornar uma prática permanentemente disponível em benefício da saúde humana – ainda que seja necessário algum tempo para que ela possa ser usufruída de forma menos

para controlar os pobres. [...] A premissa do filme *O preço do amanhã* (2011), de Andrew Niccol, é que, em 2016, a alteração genética possibilitará à humanidade parar de envelhecer aos 25 anos, mas exigirá que as pessoas ganhem mais tempo depois de completar 25 anos ou morram no período de um ano. O ‘tempo de vida’, que pode ser transferido entre indivíduos, substituirá o dinheiro, e sua validade será exibida em um implante no antebraço das pessoas: quando o relógio chega a zero, a pessoa morre instantaneamente. A sociedade será dividida em classes sociais que moram em cidades especializadas, chamadas ‘Zonas de Tempo’: os ricos podem viver séculos em cidades luxuosas, enquanto os pobres vivem em guetos formados predominantemente por jovens e devem trabalhar todos os dias para ganhar algumas horas a mais de vida, que também são usadas para pagar necessidades cotidianas. Essa perspectiva distópica de uma sociedade em que a expressão ‘tempo é dinheiro’ é tomada ao pé da letra, e em que os ricos e os pobres estão se tornando raças diferentes, surge como uma opção realista com os desenvolvimentos mais recentes da biogenética.” (ZIZEK, Slavoj. *O ano em que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012. p. 99)

seletiva, deixando de ser exclusiva de uns poucos indivíduos privilegiados e podendo ser estendida às massas¹⁰.

Outro argumento claramente improcedente, especificamente no que diz respeito à seleção operada por escolha dos pais sobre o perfil genético de seus filhos, é aquele que afirma que isto representaria uma violação da “autonomia da criança” e uma afronta aos “desígnios da natureza”. Ora: em primeiro lugar, nenhuma pessoa jamais teve qualquer “autonomia” no que diz respeito à seleção de suas características genéticas. Como lembra Sandel, estamos à mercê de uma verdadeira “loteria genética”, e não temos absolutamente nenhum mérito pelas características genéticas que definem o nosso fenótipo e que nos tornam mais ou menos propensos ao esporte, às atividades intelectuais ou a uma vida longa e saudável.

Em segundo lugar, o argumento de que deveríamos nos curvar a algo como “os desígnios da natureza” (o que, em última instância, não passa de uma adaptação laica do argumento religioso da “vontade do Criador”) ignora o fato de que toda a longa história do desenvolvimento das ciências e da técnica, por parte da humanidade, representa um contínuo movimento de libertação do homem do destino que “a natureza” reservava para ele. Toda vez que um ser humano se abrigou da chuva e dos ventos se valendo de um abrigo por ele construído, se protegeu do frio utilizando vestimentas, garantiu a sua alimentação por meio de técnicas e ferramentas, e escapou da morte fazendo uso de medicamentos e intervenções cirúrgicas, o homem transcendeu o seu papel de mero animal resignado aos caprichos da natureza e assumiu para si um papel de protagonista, interventor e criador. Evidentemente, não faz nenhum sentido acreditar que a derrota de uma bactéria por meio da penicilina seria algo “aceitável pela natureza”, ao passo que um procedimento genético com vistas a evitar ou curar o Mal de Parkinson seria algo que “cruzaria” essa linha “imposta” pela natureza¹¹.

¹⁰ Sobre este ponto em particular, Dworkin dirá que não devemos proceder com um nivelamento “por baixo” da igualdade. Segundo o autor: “[...] no caso da medicina mais ortodoxa, técnicas disponíveis durante algum tempo somente para os muito ricos quase sempre geram descobertas de valor muito mais geral para todos. O remédio para a injustiça é a redistribuição, e não a recusa dos benefícios para alguns sem ganhos correspondentes para outros” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 628).

¹¹ “Não obstante, não está nem um pouco claro o significado dessa proibição - não está claro o que significa brincar de Deus, e o que, exatamente, há de errado nisso. [...] Qual é a diferença, afinal, entre inventar a penicilina e usar genes alterados pela engenharia e clonados para curar doenças ainda mais pavorosas do que aquelas curadas pela penicilina? [...] Para sermos moral e eticamente

Se o problema ético com a questão do *improving* não diz respeito nem ao nosso “direito de autodeterminação genética” (o qual não temos, em hipótese alguma) nem a nenhum suposto compromisso de conformidade com desígnios cósmicos, sejam decorrentes da vontade de Deus ou de uma mais abstrata vontade da “natureza”, então aonde estaria localizado o axioma fundamental de qualquer argumento contra a manipulação genética para fins de seleção prévia de características desejadas e aperfeiçoamento biológico da espécie humana? Assim como grande parte dos estudiosos de bioética da atualidade¹², Sandel também sustentará que este ponto de partida pode ser encontrado na *dignidade humana* como valor básico e universal.

Para Sandel, o reconhecimento de que, na natureza, estamos sujeitos a uma “loteria genética” quando nascemos não muda o fato de que a *hübris* controladora dos pais, ao assumirem a disposição de controlar e predeterminar as características genéticas e inclinações pessoais dos filhos na forma da vontade e das preferências pessoais daqueles, é algo que corrompe e desfigura a relação entre pais e filhos. As relações de paternidade e maternidade, que deveriam pressupor amor incondicional, passam a ser tratadas como uma relação análoga à de consumo, com os pais desempenhando o papel de consumidores engajados na customização do produto que será gerado para eles, de acordo com as suas preferências e idealizações, e com os filhos desempenhando o papel de verdadeiros produtos, ostentando as suas características “internas” (inclinações para aptidões intelectuais, esportivas, artísticas, etc.) e “externas” (fenótipo), em perfeita conformidade com o desejo dos pais/consumidores – com o avanço tecnocientífico servindo, dessa forma, para desumanizar e corromper as relações

responsáveis, não pode haver retorno depois que descobrirmos, como descobrimos, que alguns dos pressupostos mais fundamentais desses valores estão equivocados. Brincar de Deus é, de fato, brincar com fogo. Mas é isso que nós, os mortais, temos feito desde os tempos de Prometeu, o deus padroeiro da perigosa descoberta. Brincamos com o fogo e assumimos as consequências, pois a alternativa é a covardia perante o desconhecido.” (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 631-636)

¹² “[...] a dignidade humana é o valor-fonte a ser invocado como freio às possíveis intervenções ilimitadas que coloquem definitivamente em risco a continuidade da espécie humana. Porém, para isso, é necessária a remodelação de antigos conceitos [...]. A pergunta sobre os limites da ação humana pressupõe, antes, a redefinição do que conta como efetivamente humano e, portanto, do que é digno de respeito e proteção.” (Fernanda Frizzo Bragato apud ENGELMANN, Wilson (Org.). *As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar*. Curitiba: Honoris Causa, 2011. p. 37)

afetivo-familiares, disponibilizando para todos os interessados um verdadeiro produto de luxo: o melhor filho que o dinheiro pode comprar¹³.

O resultado disso, sem dúvida, atentaria contra a dignidade dos novos seres humanos gerados nestas condições. Sobre eles recairia, inevitavelmente, um conjunto de expectativas e pressões paternas que não seriam racionalmente compatíveis com a geração de uma criança por vias naturais, mas que se fariam presentes como decorrência elementar da seleção genética previamente realizada.

Em circunstâncias normais, um pai que exige do filho que ele se torne um campeão esportivo estaria claramente violando o direito do filho de direcionar a sua vida de acordo com os seus interesses, além de estar impondo uma expectativa que pode estar até mesmo além das capacidades físicas do filho. Já em uma circunstância em que o filho em questão foi geneticamente aperfeiçoado para se destacar em atividades físicas e esportivas, e para se sentir inclinado a apreciar esse tipo de atividades, a carga de pressão, demanda e incentivo à competitividade extrema que uma criança provavelmente viria a sofrer seria sem precedentes.

Isso reforça o argumento de Sandel: filhos são amados incondicionalmente, ao passo que a nossa paciência com produtos está ligada ao quanto eles são capazes de atender as nossas demandas e satisfazer o que deles esperamos. É justamente por isso que a transformação de filhos em produtos desqualifica essas crianças enquanto seres humanos, desfigura e corrompe as relações de parentesco e atenta contra a dignidade da criança, “encomendada” e “produzida” para atender o gosto do pai/consumidor¹⁴.

¹³ “Genetic intervention to select or improve children is objectionable, Habermas argues, because it violates the liberal principles of autonomy and equality. It violates autonomy because genetically programmed persons cannot regard themselves as ‘the sole authors of their own life history’. And it undermines equality by destroying ‘the essentially symmetrical relations between free and equal human beings’ across generations. One measure of this asymmetry is that, once parents become the designers of their children, they inevitably incur a responsibility for their children’s lives that cannot possibly be reciprocal.” (SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 80)

¹⁴ Explicando a posição de Habermas sobre a engenharia genética em crianças, Sandel refere o seguinte: “For him, this connection matters because it explains why a genetically designed child is beholden and subordinate to another person (the designing parent) in a way that a child born of a contingent, impersonal beginning is not. [...] Whatever its effect on the autonomy of the child, the drive to banish contingency and to master the mystery of birth diminishes the designing parent and corrupts parenting as a social practice governed by norms of unconditional love” (SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 82-83).

No entanto, torna-se difícil estipular um limite ético quando a questão passa a ser o aperfeiçoamento genético de adultos, ao gosto e à escolha particular do próprio indivíduo. É claro que é possível argumentar que qualquer técnica de engenharia genética voltada para o *improving* ou *enhancing*, mesmo em adultos, representa uma violação da dignidade da pessoa e uma desumanização do indivíduo submetido a tais práticas¹⁵.

Todavia, são argumentos difíceis de sustentar em um mundo no qual o *improving/enhancing* de adultos já é uma prática corriqueira e difundida. Veja-se, por exemplo, o que ocorre com o uso de esteroides, anabolizantes, alimentos especialmente processados para dietas específicas de preparação muscular, uso de equipamentos especiais (tênis, trajes esportivos e de natação, etc.) e modalidades *hardcore* de treinamento. Em todos estes casos, estamos diante de uma busca de indivíduos adultos por técnicas de *improving* que são, no mínimo, tão questionáveis quanto seriam eventuais intervenções cirúrgicas ou manipulação genéticas destinadas à mesma finalidade¹⁶.

Tratam-se de questões de grande complexidade no contexto de um mundo no qual, seja no esporte, seja nas atividades intelectuais, as pessoas têm buscado continuamente, cada vez mais, técnicas, artifícios e produtos – de bebidas energéticas a medicamentos de toda sorte – que as façam produzir mais no trabalho, memorizar mais coisas com maior facilidade, render mais nos estudos, vencer os compromissos profissionais dormindo menos, etc.

¹⁵ “The distinction between curing and improving seems to make a moral difference, but it is not obvious what the difference consists in. Consider: if it is all right for an injured athlete to repair a muscle tear with the help of genetic therapy, why is it wrong for him to extend the therapy to improve the muscle, and then to return to the lineup better than before?” (SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 12)

¹⁶ “Hoping to improve the performance of American marathon runners, the Nike corporation now sponsors a high-tech training experiment in a hermetically sealed ‘altitude house’ in Portland, Oregon. Molecular filters remove enough oxygen from the house to simulate the thin air found at altitudes of 12,000 to 17,000 feet. Five promising runners have been recruited to live in the house for four to five years, to test the ‘live high, train low’ theory of endurance training. By sleeping at the altitude of the Himalayas, the runners boost their production of oxygen-carrying red blood cells, a key factor in endurance. By working out at sea level – they run more than 100 miles a week – they are able to push their muscles to the maximum. The house is also equipped with devices that monitor the athletes’ heart rates, red blood cell counts, oxygen consumption, hormone levels, and brain waves, allowing them to set the time and intensity of their training according to physiological indicators. [...] Here is the ethical conundrum: if EPO injections and genetic modifications are objectionable, why isn’t Nike’s ‘altitude house’ also objectionable? The effect on performance is the same – increasing aerobic endurance by boosting the blood’s capacity to carry oxygen to the muscles.” (SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 32-33)

Também quanto a este ponto, apesar das dificuldades, é importante sustentar que a busca obsessiva e desumanizadora pelo *improving* representa nada além do desejo desmedido pelo “poder” de sobrecarregar as capacidades naturais humanas, a fim de transformar homens e mulheres em verdadeiras máquinas biológicas para fins esportivos ou produtivos.

Ao contrário das pesquisas e técnicas direcionadas ao fator *healing*, que buscam restabelecer a saúde das pessoas e assegurar que as suas capacidades naturais possam florescer, as técnicas de engenharia genética que visam ao *improving* representam um processo de desumanização das pessoas e atentam contra a dignidade humana, na medida em que buscam fazer um *upgrade* de produtividade nos indivíduos, transformando-os em nada além de *máquinas mais eficientes* (seja para fins esportivos, militares, intelectuais, etc.).¹⁷

Como observa Sandel, surge no horizonte um novo discurso pró-eugenia¹⁸, dessa vez festejado não pelos Estados nacionais, mas sim pela iniciativa privada e pelo mercado, que vislumbram possibilidades de ganhos financeiros astronômicos com práticas de engenharia genética nas próximas décadas.

Este novo discurso eugenista, assinala Sandel, irá argumentar que o “verdadeiro perigo” da “velha eugenia” estava no seu caráter impositivo, na medida em que era capitaneada por Estados que agiam de forma repressiva e coercitiva. Nas mãos da iniciativa privada, transformadas em produtos disponíveis para serem utilizados tão somente por consumidores que as queiram, as modernas práticas da “nova eugenia” seriam, agora, inofensivas e acima de quaisquer problemas éticos ou morais. Trata-se, com efeito, de um discurso

¹⁷ “Genetic engineering to create designer babies is the ultimate expression of the hubris that marks the loss of reverence for life as a gift. But stem cell research to cure debilitating disease, using unimplanted blastocysts, is a noble exercise of our human ingenuity to promote healing and to play our part in repairing the given world.” (SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 127)

¹⁸ “According to Sinsheimer, the new eugenics would be voluntary than coerced, and also more humane. Rather than segregate and eliminate the unfit, it would improve them. ‘The old eugenics would have required a continual selection for breeding of the fit, and a culling of the unfit. The new eugenics would permit in principle the conversion of all the unfit to the highest genetic level!’” (SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 98)

mercadológico, falso e que tenta “varrer para debaixo do tapete” as sérias questões éticas que exsurtem destas novas possibilidades tecnocientíficas¹⁹.

Como se vê, o mundo ocidental democrático – que flertou com a eugenia sem maiores problemas até os anos 1940 – já ensaia uma nova aproximação com ideais e técnicas eugenistas, tendência que só tende a se aprofundar na medida em que a ciência avança e as lições duramente aprendidas após o fim da Segunda Guerra Mundial se tornam, ano a ano, cada vez mais evanescentes²⁰.

¹⁹ Sandel irá afirmar que Ronald Dworkin seria um exemplo de defensor de uma “versão liberal” da eugenia. Impossível, no entanto, deixar de observar que o comentário de Sandel neste aspecto em particular se mostra inapropriado, ainda mais no contexto de associar a posição de Dworkin com a do “supermercado genético” de Nozick, sem proceder com uma diferenciação clara das posições destes diferentes autores. Isso porque Dworkin se limita a criticar o entendimento de que, em nome dos direitos humanos e dos perigos potenciais das novas descobertas tecnocientíficas, nós deveríamos nos posicionar aprioristicamente contra todas as pesquisas e estudos na área da engenharia genética. Como já mencionamos anteriormente no presente trabalho, Dworkin vai sustentar que correr riscos em busca de conhecimento é o que a humanidade vem fazendo desde os primórdios da ciência, e que a alternativa é a passividade diante do medo do desconhecido. Apesar disso, Dworkin jamais se mostrou favorável a um cenário no qual, por exemplo, pais pudessem ou deveriam pré-selecionar todas as características genéticas de seus filhos. Dworkin jamais se manifestou a favor de experiências inconsequentes com seres humanos, ou a favor da clonagem humana, ou a favor da transformação de crianças em *robots* biogeneticamente encomendados pelos futuros pais. A preocupação do autor se dá com o desenvolvimento da medicina e da cura de doenças, restando claro que os incontáveis benefícios que os avanços na biologia podem trazer só poderão ser atingidos por meio da liberdade de pesquisa. Dworkin não trabalha com o modelo *curing versus improving* utilizado por Sandel, mas é preciso levar em conta que o modelo de Sandel também carece de limitações. Perguntamos: Até que ponto uma técnica de *curing* não se confunde com uma de *improving*? Por exemplo: um bebê gerado com uma modificação genética que assegurará que ele não terá câncer de pele nem de pulmão ao longo de toda a sua vida – isso se trata de *curing* ou *improving*? Ora: qualquer técnica de *curing*, desde que *preventiva*, pode ser considerada um tipo de *improving*. Por que vacinar uma criança para garantir preventivamente que ela não terá paralisia infantil é “cura” e fazer com que a criança já nasça sem disposição de vir a ter essa doença seria um “aperfeiçoamento indevido” do ser humano? Divergências teóricas à parte, impõe-se o fato de que, já no ano 2000, na primeira edição de sua obra *A virtude soberana*, Dworkin de certa forma antecipava as principais conclusões de Sandel, ou seja: que as questões da bioética não podem ser resolvidas por meio de um raciocínio binário do tipo “é ser humano e portador de dignidade” ou “não é ser humano e não tem dignidade”, e que *esse dualismo precisa ser superado para que se possam estabelecer respostas específicas a casos concretos*. Ver: DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida – Aborto, eutanásia e liberdades individuais*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 609-644.

²⁰ “Trata-se do poder que se realizou nos campos de concentração nazistas e nos gulags soviéticos, o de fazer do homem uma coisa, mas conservando-o vivo: ‘é um ser vivo, tem uma alma; no entanto, é uma coisa’. Simone Weil aponta para a atroz realidade dos regimes de força, sustentados pela maquinaria do Estado, habitados por multidões de homens que se tornaram coisa, pois não têm vida, desprovidos que são de usufruir a própria vida. Nas palavras candentes de Simone Weil, ‘trata-se de outra espécie humana, um compromisso entre o homem e o cadáver.’” (BARRETTO, Vicente de Paulo. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012. p. 47)

3 CONCLUSÃO: A DIGNIDADE HUMANA COMO PRINCÍPIO MÁXIMO E A NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DO DUALISMO KANTIANO

Apesar das diferenças entre as conclusões de Sandel (mais restritivas à pesquisa na área da engenharia genética) e as de Dworkin (mais permissivas), existe um claro ponto de convergência entre os dois autores, qual seja: as complexas questões da bioética do século XXI não podem mais ser resolvidas por meio de um raciocínio binário do tipo “é ser humano e portador de dignidade” ou “não é ser humano e, portanto, não tem dignidade nem merece qualquer respeito”.

Com efeito, *é preciso superar o velho dualismo kantiano no sentido de que uma coisa ou é uma pessoa, merecedora de respeito e portadora de dignidade, ou é mera coisa, aberta para uso geral e irrestrito*²¹. Isso irá significar, por exemplo, que *nem sempre um aborto será antiético*²², sem prejuízo do fato de que o feto efetivamente detém dignidade e merece proteção jurídica.

Da mesma forma, o eventual uso de embriões humanos em pesquisas científicas não implica na conclusão de que embriões humanos não são dignos de nenhuma proteção ou que são desprovidos de dignidade: a *forma* e a *finalidade* deste uso são elementos indispensáveis para a avaliação do caráter ético/antiético de tal prática. A postura de “se abrir à opinião do outro será a alavanca para que a nova filosofia da/na ciência efetivamente caminhe para uma ciência preocupada em fazer frente às necessidades dos humanos”²³.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

_____. *As máscaras do poder*. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2012.

_____; BRAGATO, Fernanda Frizzo. *Leituras de filosofia do direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2001.

_____. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

²¹ SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 126.

²² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 615.

²³ ENGELMANN, Wilson (Org.). *As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar*. Curitiba: Honoris Causa, 2011. p. 311.

- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- _____. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge/Massachusetts: Harvard University Press, 2011.
- ENGELMANN, Wilson (Org.). *As novas tecnologias e os direitos humanos: os desafios e possibilidades para construir uma perspectiva transdisciplinar*. Curitiba: Honoris Causa, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 18. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 11. ed. São Paulo: Perspectiva, 2011.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- LIPOVETSKY, Gilles; CHARLES, Sébastien. *Os tempos hipermodernos*. São Paulo: Barcarolla, 2004
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.
- SANDEL, Michael J. *The Case Against Perfection*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.
- STEIN, Ernildo. *Inovação na filosofia*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.
- ZAGORAC, Ivana. Fritz Jahr's Bioethical Imperative. *Synthesis Philosophica*, ed. 51, 1/2011. Disponível em: <<http://philpapers.org/rec/ZAGFJB>>. Acesso em: 2 mar. 2014.
- ZIZEK, Slavoj. *O ano em que sonhamos perigosamente*. São Paulo: Boitempo, 2012.

LOS NOMBRES DE DOMINIO EN INTERNET COMO SIGNOS DISTINTIVOS Y PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

DOMAIN NAMES AS DISTINCTIVE SIGNS AND PERSONAL DATA PROTECTION

Claudia Pazó Jaudenes

Universidad Ceu San Pablo

RESUMEN: Los nombres de dominio son un elemento clave para poder operar en internet, en el que se provee cada nombre de dominio que conecta con un ordenador. Además la protección de datos de carácter personal es necesaria para proteger a las personas del mal uso de sus datos personales y evitar la violación del derecho fundamental de privacidad de acuerdo con el artículo 18.4 de la Constitución Española.

PALABRAS-CLAVE: ley de competencia desleal; nombres de dominio; signos distintivos; protección de datos de carácter personal.

ABSTRACT: *The domain name system of the internet is a key element for the operation of internet, as by providing unique names for each computer connects to internet.*

INTRODUCCIÓN

¿De qué hablamos cuando hablamos de nombres de dominio? ¿Estamos ante

Therefore, the protection of personal data is necessary to protect people from misuse of personal data and avoid any violation of the fundamental right to privacy in accordance with article 18.4 of the spanish constitution.

KEYWORDS: *competition law; domain names; distinctive signs; data protection.*

SUMARIO: Introducción; 1 Consideraciones generales sobre el derecho de los signos distintivos en internet; 2 Nombres de dominio; 3 Normativa internacional, comunitaria y española; 4 Jurisprudencia comparada; Conclusiones; Bibliografía.

SUMMARY: *Introduction; 1 General considerations about distinctive signs; 2 Domain names; 3 International law, european law and spanish law; 4 Comparative legal jurisprudence; Conclusions; Bibliography.*

un nuevo signo distintivo? ¿Podemos considerarlo extensiones como signos distintivos existentes? ¿Cuáles son los derechos que ostentan sus titulares? ¿Cuáles son los límites a sus derechos?

Y ¿Qué aspectos se deben considerar en materia de protección de datos? Todas estas preguntas obtienen su respuesta a lo largo de la presente obra.

Esta cuestión supera el ámbito puramente teórico, de la misma forma que los nombres de dominio han superado su carácter inicialmente técnico para convertirse en un activo de gran importancia para las empresas y entidades con presencia en Internet. Si se llegara a la conclusión de que un nombre de dominio es un bien jurídico susceptible de protección per se, se abriría un importante abanico de posibilidades de disposición por parte de sus titulares, las cuales podrían constituir una importante fuente de ingresos para aquéllos¹.

Aplicando los criterios establecidos por el mencionado artículo a los signos distintivos, se ha generalizado la opinión entre los autores² que los mismos serán susceptibles de ser considerados como objeto de propiedad cuando así lo prevea expresamente el derecho positivo. En efecto, de acuerdo con LACRUZ³, los signos distintivos se incluyen dentro de la categoría general de bienes inmateriales, los cuales define como aquellos «productos de la mente y la conciencia humanas capaces de manifestación exterior difundible o repetible que pueda ser en alguna forma monopolizada y a los que la ley concede su tutela en forma de derechos de autoría y utilización en exclusiva» 35. Teniendo en cuenta dicha concepción, la ley debe reconocer expresamente la aptitud de un signo distintivo para ser objeto de propiedad.

Nuestro Código Civil ni siquiera menciona la propiedad industrial entre las propiedades especiales contempladas en el Título IV del Libro II bajo la rúbrica “De algunas propiedades especiales”; así en su Capítulo I trata sobre “Las Aguas”; el Capítulo II atiende a la rúbrica “De los minerales”; y finalmente, el Capítulo III versa sobre “La Propiedad Intelectual”.

¹ En este sentido, cabe tener en cuenta, por ejemplo, que desde 1999 un banco surcoreano ofrece, entre otros productos financieros dirigidos a los mercados de las nuevas tecnologías, hipotecas sobre nombres de dominio (para más información ver «Mortgages for Domain Names» publicado en el sitio web de BBC News el 23 de noviembre de 1999 y disponible en <http://news.bbc.co.uk/1/hi/sci/tech/533455.stm>). Para un análisis más detallado de la evaluación del potencial valor económico de los nombres de dominio ver «What's in a (Domain) Name? Web Addresses as Loan Collateral», Jacqueline LIPTON, *The Journal of Information, Law and Technology*, 1999, Issue 2 (disponible en <http://elj.warwick.ac.uk/jilt/99-2/lipton.html>).

² En este sentido, ver MANRESA y NAVARRO, José M^a y otros, «Comentarios al Código Civil español», Tomo V, pg. 37, Editorial Reus, 1972.

³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y otros, «Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales», Volumen 1^o, 3^a edición, Editorial José M^a Bosch.

En la actualidad asistimos al nacimiento de una nueva sociedad, la “Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías” basadas esencialmente en Internet y los grandes avances tecnológicos que, en principio, nos facilitan el día a día.

Las nuevas tecnologías digitales y los medios de comunicación basados en las mismas están generando una globalización o interrelación mundial de las relaciones empresariales de producción y distribución de bienes y servicios, de las relaciones profesionales de asesoramiento y gestión y, por último, de las relaciones derivadas de la creación e intercambio de información de todo tipo sea ya con fines comerciales o no. No podemos dejar al margen, la contribución de “la red” a la mercantilización de la sociedad y, sobre todo, a la globalización económica y cultural.

Internet se ha convertido en apenas una década en un fenómeno social multifuncional de gigantescas dimensiones cuya potencialidad comienza a ser intuita. El punto de partida es que todos los ordenadores que dan acceso a una *página web* precisa ser identificado, lo que se lleva a cabo, a través de un código numérico perfectamente distinguible. De tal manera, para posibilitar una navegación fluida por la red se creó un sistema paralelo de identificación utilizando un código alfanumérico. Este sistema de nombres de dominio (“Domain Name System en adelante, DNS”), en el cual los dominios son entregados por una autoridad u organismo de gestión, se articula en dos niveles: el primero, viene predeterminado por las instituciones de gestión, alude a amplios campos de actividad o a concretos espacios geográficos. El segundo, es elegido libremente por el solicitante, es otorgado en base a un criterio de preferencia temporal.

Obviamente, el nombre de dominio es una dirección electrónica alfanumérica que posibilita la comunicación en Internet entre los distintos equipos informáticos conectados a la red. Sin embargo, la funcionalidad del nombre de dominio va más allá. Cuando su usuario participa en el mercado electrónico, esto se complica, porque parece obvio pensar que el nombre de dominio no sólo va a desarrollar la función técnica anteriormente señala, sino que irá aparejado a funciones que se aproximan al nombre comercial, a la marca, e incluso a otros signos distintivos. Esto es así porque Internet ha abierto un mercado en el que los operadores económicos se hacen presentes y que sin el perjuicio de que se utilicen signos distintivos tradicionales, parece claro que el nombre de dominio es el primer signo que sirve para identificar (mejor dicho, acceder) al operador económico. Podemos concluir, que los nombres de dominio

desarrollan funciones de los signos distintivos tradicionales, pero con la gran diferencia de carecer de un régimen jurídico dirigido a posibilitar el desarrollo de tales funciones. Para poder centralizar el problema, debemos pensar en quién otorga los nombres de dominio y quién otorga una marca y todos aquellos requisitos que son necesarios para tal fin.

CAPITULO I

1 CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL DERECHO DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN INTERNET

1.1 LOS SIGNOS DISTINTIVOS Y OTROS SIGNOS DISTINTIVOS PROTEGIDOS EN INTERNET

Los servicios de la Sociedad de la Información dependen del uso de los signos distintivos. Sin ellos, no resulta posible la conexión entre lo presentado en el soporte informático y el mundo fuera de la red. La aparición de Internet ha incrementado de forma notable el valor de las marcas y de los nombres comerciales notorios o renombrados, pues permite obtener la confianza del consumidor. Esta confianza es escasa en la red debido a la facilidad que existe en este ámbito para engañar a los consumidores o usuarios.

Las marcas distinguen los productos o servicios usados por un empresario en el tráfico económico de los restantes productos de naturaleza idéntica o similar. Por otra parte, los nombres comerciales distinguen al empresario de los restantes que desempeñan actividades semejantes que son el objeto de la propiedad industrial, marcas y nombres comerciales⁴. Los tradicionales signos distintivos se pueden definir como aquellos que indican una determinada procedencia empresarial en el mercado, y de este modo permiten distinguir las actividades, establecimientos, productos y servicios de un empresario de los de sus competidores. En este sentido, los nombres y apellidos de las personas físicas, los títulos nobiliarios y las denominaciones de ciertas instituciones⁵ pueden emplearse como signos distintivos en la red, de este modo, se consigue la confianza, tan valorada en este ámbito, de los consumidores y usuarios y, a su vez, designan un origen empresarial.

⁴ Los rótulos de establecimientos tienen una protección sólo local y temporal, tal como expone la Disposición Transitoria tercera de la Ley de Marcas.

⁵ Los protegidos mediante prohibiciones absolutas de registro en el Derecho de marcas. No, con carácter general, las denominaciones sociales.

De esta manera, podemos llegar a entender, bajo mi punto de vista, que los nombres de dominio tendrán también la naturaleza de un signo distintivo⁶ en base a que el carácter de signo distintivo depende de su uso; pero no debemos olvidar, que esta afirmación es igualmente válida para aquellos signos registrados como marcas o nombres comerciales, que pueden usarse también con finalidades no distintivas. En mi opinión, los nombres de dominio son signos distintivos, también, cuando sean utilizados para actividades empresariales, en la medida en que se distinguen, a través de la correspondiente IP, los establecimientos mercantiles de los comerciantes en Internet, aplicando la analogía, de tal manera que al igual que los rótulos distinguen establecimientos mercantiles fuera de la red⁷.

Los nombres de dominio se pueden considerar como la “reputación” (goodwill) de un empresario, por este motivo, los dominios han llegado a convertirse en importantes activos empresariales. Algunos de ellos, incluso, por su carácter genérico nunca podrían llegar a ser registrados como marcas o nombres comerciales.

En referencia a las denominaciones de origen⁸, marcas de colectivas y de garantía, y otros signos semejantes no son propiamente signos distintivos, aunque a los efectos de este trabajo los consideraremos como tales, en base a su naturaleza está destinada para la identidad en el mercado del origen o las características de los bienes o servicios.

Hay otros signos distintivos que se usan en Internet, que no son signos distintivos propiamente dicho en el concepto tradicional. Es el caso, por ejemplo, de las denominaciones sociales y otros nombres de corporaciones o instituciones,

⁶ CARBAJO CASCÓN Fernando, *Conflictos entre Signos Distintivos y Nombres de Dominio* (p 58), 2ª Edición. Aranzadi 2002 “...no es un signo distintivo, ni tampoco tiene por sí mismo una función distintiva genuina, lo cual no impide que eventualmente de manera cada vez más frecuente desarrolle funciones distintivas de diferente naturaleza en Internet, asociando el dominio conscientemente al sujeto, actividad o prestaciones que se encuentran en la web a que da acceso”. LEMA DEVESA Y GARCIA VIDAL hablan de la “doble función de los nombres de dominio” (Problemas de Derecho de Marcas en Internet, Informática y Derecho, nº 31, 1999, pp112 y ss. JOSÉ MASSAGUER, por otra parte habla de “signos distintivos atípicos” en su obra “Conflictos de Marcas en Internet” (p. 11116).

⁷ La comparación entre los nombres de dominio y los rótulos de establecimiento fue planteada por primera vez por MASSAGUER, *Conflictos...*, cit, p. 111128.

⁸ Real Decreto 1643/1999, de 22 de octubre, y el Título III de la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes, cuyo ámbito de aplicación, en un principio, era el sector vinícola que se extendió a otros productos alimentario gracias a la Disposición Adicional Quinta.

las denominaciones de cargos públicos o privados, los nombres y apellidos, los títulos nobiliarios, entre otros. Cada uno de ellos tiene su propia regulación, que impide en determinados supuestos su uso no autorizado. No obstante, en la medida en que se empleen en el mercado con finalidad concurrencial pueden dar lugar a problemas de competencia desleal.

Para la resolución de controversias jurídicas relativas a signos distintivos deberemos atender sobre todo a la percepción que tengan los usuarios de la red del signo utilizado. En esta materia las percepciones importan más que las realidades, por tanto, el método que se debe adoptar a de ser flexible y no extremadamente formalista.

1.2 EL GRUPO NORMATIVO QUE REGULA EL USO EN INTERNET DE SIGNOS DISTINTIVOS (Y EN SU CASO EL DE OTRO SIGNOS DISTINTIVOS PROTEGIDOS) CON FINALIDAD CONCURRENCIAL

Cada uno de los signos distintivos que se han mencionado se regula por sus propias normas específicas. Sin embargo, los podemos llegar a la conclusión de que forman un grupo normativo único todas las que regulan su uso con finalidad concurrencial, y en especial, las relativas a marcas, nombres comerciales, competencia desleal⁹, publicidad y tutela al honor, la cual aplica tanto a personas físicas como jurídicas¹⁰.

⁹ Las normas reguladoras del Derecho de marcas forman un grupo normativo único con algunas normas dictadas en materia de competencia desleal.

¹⁰ En relación con el derecho al honor de las personas jurídicas, debemos tener en cuenta la famosa sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 1997, nº 861/1997, ponente Xavier O'Callaghan Muñoz. En esta sentencia se expone "una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona jurídica personalísima (universitas personarum), sea del tipo patrimonialista (universitas bonorum). El problema que se plantea es si este honor, fama o prestigio entra en el ámbito de derecho fundamental que reconoce el art. 18.1 CE, desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, y con la misma normativa procesal de la L 62/1978, de 26 de diciembre, o bien queda fuera del mismo y su protección se halla en el ámbito general de la llamada responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 CC que se ejercita por el proceso declarativo ordinario que corresponda según su cuantía.

La doctrina de esta Sala, en este momento, es clara y sigue la que había iniciado la S. 9 de diciembre de 1993 y desarrolla la del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 de septiembre, que deniega el recurso de amparo que se formuló contra la anterior. Esta sentencia del Tribunal Constitucional expone una doctrina que se resume de la siguiente manera: ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas; el significado del derecho al honor ni puede no debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver

La expresión “finalidad concurrencial” se usa por ser la empleada por el art. 2 de la Ley 3/1991, de 10 de Enero, de Competencia Desleal (en adelante, LCD) comprende cualquier acto objetivamente encaminado a participar o influir en la entrega de bienes y en la prestación de servicios de un mercado, con independencia de que el agente sea o no un competidor del perjudicado¹¹.

Los principales textos normativos de aplicación en el ordenamiento español en relación con el uso de signos ajenos con finalidad concurrencial serán la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas (en lo sucesivo, LM, que ha derogado la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas, en adelante LM1988)¹², la LCD anteriormente citada, los artículos 16 y 17 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (en adelante, acuerdo ADPIC), el Convenio de Paris para la protección de la Propiedad Industrial (Acta de Estocolmo de 14 de julio de 1967 (en lo sucesivo, CUP) y en especial su art. 10 bis), la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (en adelante, LGP), el art. 18 de la CE y la LO 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia Imagen (en adelante, LOPH).

Como defiende MASSAGUER, la Ley de Marcas (y los tratados internacionales relativos a esto) tienen una relación de “complementariedad relativa” con la LCD¹³; en primer lugar, siempre se debe examinar el ámbito

lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer su consideración ajena”.

En esta sentencia del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1997 se citan las sentencias del mismo Tribunal de 14 de marzo de 1996 (Fundamento 3º, nº 3, subapartado a)) y 20 de marzo de 1997, y se afirma que “en la Constitución española no se contiene pronunciamiento alguno acerca de la titularidad del derecho al honor en relación a las personas jurídicas, a diferencia de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 que proclama que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas”, “a partir de la STC 26 de septiembre de 1995, se puede afirmar que de la propia sistemática constitucional el significado de derecho ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección de las personas jurídicas”. La sentencia de 9 de octubre de 1997 declara, en conclusión, que “la persona jurídica tiene derecho al honor, protegido constitucionalmente por el art. 18.1 CE, regulado por la L1/1982, de 5 de mayo, y por la normativa procesal de la L 62/1978, de 26 de diciembre y, por tanto, tiene legitimación activa en el proceso ejercitado conforme a esta última Ley. En este sentido se acoge el primer motivo de casación que permite entrar en el fondo del asunto, planteado en el segundo motivo de casación”.

¹¹ JOSE MASSAGUER, Comentario a la Ley de Competencia Desleal, pp. 122 y ss.

¹² MASSAGUER, Comentario...cit., p.107 entiende que la Ley de Marcas (dentro de su propio ámbito) es de aplicación preferente a la Ley de Competencia Desleal, sin perjuicio de la aplicación supletoria de ésta en lo que ambas resulten compatibles.

¹³ Vid. MASSAGUER, Comentario..., cit., pp. 82 y ss. en esta misma línea destaca MONTIANO MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, pp. 130 y ss.

de aplicación de ambas normas y los intereses jurídicos protegidos por ellas coinciden. En caso afirmativo, se procederá a aplicar la LM (no olvidemos, que ésta puede remitirse a la LCD). En caso negativo, podrá aplicarse la LCD, para que sea aplicable la protección que dispensa la LM a los titulares de marcas y nombres comerciales será preciso acreditar, la finalidad concurrencial, el uso del signo distintivo en el tráfico económico para distinguir productos, servicios o actividades.

En cuanto a la LGP, según MASSAGUER, la relación es distinta “un eventual conflicto entre la LGP y la LCD ha de resolverse [...] a favor de esta última” si bien, al ser ambas leyes compatibles, deberá optarse por la aplicación concurrente de las dos¹⁴.

La relación entre las normas anteriores y la LOPH, cuando ésta sea aplicable¹⁵, obedece, en mi opinión, y siguiendo a Javier TORRE DE SILVA Y LOPEZ LETONA¹⁶, a un tercer patrón diferente en la medida de que “el perjudicado puede optar entre la protección dispensada por una y otra norma siempre que ambas sean de aplicación”, en contra MASSAGUER¹⁷. Esto se debe a que una Ley ordinaria, como la LCD impida la aplicación de otra con carácter orgánico (la LOPH) que desarrolla un derecho fundamental explícito en la CE y la necesidad de garantizar, una tutela sumaria y preferente como recoge el art. 53.2 de la Constitución, que expone “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30”.

1.3 LAS TRES CATEGORÍAS DE PROBLEMAS QUE PLANTEA EL USO COMERCIAL DE LOS SIGNOS DISTINTIVOS EN INTERNET

La clasificación que se pretende realizar no debe considerarse como exhaustiva ni limitativa, simplemente enumerativa

¹⁴ Sobre la relación entre la LCD y la LGP, MASSAGUER, *Comentario...cit.*, pp. 60 a 67.

¹⁵ No siempre las prácticas denigratorias constituyen vulneración del derecho al honor. Habrá que atender al caso concreto.

¹⁶ TORRE DE SILVA Y LOPEZ DE LETONA, JAVIER. Internet, propiedad industrial y competencia desleal, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 19.

¹⁷ MASSAGUER, *Comentario...*, cit. pp. 295 y ss.

La LCD en su art. 5, establece una cláusula, comúnmente llamada “cláusula Paz-Ares” *“se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe”*. En este precepto, al igual que en el art. 7.1. Código Civil¹⁸, se utiliza la buena fe en un sentido objetivo, como regla de conducta¹⁹. De forma análoga el art. 10 bis 2 CUP dispone que *“constituye acto de competencia desleal todo acto de competencia contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial”*.

Las prácticas asociadas al uso desleal de tales signos pueden incluirse en tres grupos: el primero, el que crearía un riesgo de confusión en el público; el segundo contendría la dilución de signos distintivos notorios o renombrados, y el tercero las prácticas denigratorias y de comparación desleal.

A) LA CREACIÓN DE UN RIESGO DE CONFUSIÓN EN EL PÚBLICO, INCLUYENDO EL RIESGO DE ASOCIACIÓN.

En Internet es bastante frecuente la creación desleal de un riesgo de confusión en el público, incluimos aquí también, el riesgo de asociación y, por supuesto, los supuestos de engaño, además, de la explotación de la reputación ajena.

No sólo habría que mencionar el uso como nombres de dominio de signos registrados como marcas o nombres comerciales ajenos, sino también los conflictos entre nombres de dominio semejantes, determinadas prácticas asociadas al uso de enlaces informáticos (links), el uso de “metatags” y “keywords”, y el uso de palabras en el nombre de dominio o en el título o contenido de la página principal que, aunque no empleen directamente una marca o un nombre comercial protegidos, hacen suponer a los visitantes que la página tiene alguna

¹⁸ MASSAGUER, *Comentario...*, cit., pp. 152 y ss. Este precepto ha de interpretarse en conjunto con el art. 38 CE, que consagra la libertad de empresa, y con el 7.1 del Código Civil, que exige que el ejercicio de los derechos sea “conforme a las exigencias de la buena fe”.

¹⁹ Ver Dictamen del Consejo de Estado número 3555/2000, de 25 de enero de 2001, en el que se distinguen los dos sentidos (subjetivo y objetivo) con los que se utiliza la buena fe en nuestro ordenamiento. La jurisprudencia declara expresamente este carácter objetivo de la buena fe en la legislación de competencia desleal, y lo vincula al art. 7.1. CC “como ya expresó la sentencia de 8 de julio de 1981, es una norma que en su profundo sentido obliga a la exigencia, en el ejercicio de los derechos, de una conducta ética significada por los valores de la honradez, lealtad, justo reparto de la propia responsabilidad y atendimento a las consecuencias que todo acto consciente y libre puede provocar en el ámbito de la confianza ajena” (sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1998, número 331/1994, Sala 1ª).

relación con otra empresa o con otra marca o nombre comercial registrados. Debemos recordar que el riesgo de confusión está regulado en los arts. 6 y 12 LCD, 6.d) LGP, y arts. 6.1, 8,34 y 87.3 LM y arts. 16.1 y 2 del Acuerdo ADPIC, arts. 6 bis y ss. CUP y art. 7.6 LOPH.

La LCD considera desleal *“todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajeno”*, y aclara que es desleal la creación de un riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación. La LGP expone lo que se considera por publicidad desleal, *“la que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, y, en general, la que sea contraria a las normas de corrección y buenos usos mercantiles”*. En referencia al riesgo de explotación de la reputación ajena, debemos atender a lo dispuesto en el art. 12 de la LCD la cual considera *“desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado”* y en especial *“el empleo de usos distintivos ajenos”*.

Las normas actualmente vigentes protegen a los titulares de marcas notorias registradas frente al empleo por terceros del signo para distinguir productos o servicios que no sean similares si dicho uso indica *“un enlace”* entre los productos o servicios y el titular de la marca registrada y a *“condición de que sea probable que ese uso lesione los intereses del titular de la marca registrada”*²⁰. La vigente LM ha extendido esta protección a los supuestos de *“aprovechamiento indebido”* o *“menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o renombre”* de las marcas o nombres comerciales notorios o renombrados. También intenta evitar que el titular del nombre de dominio o quien use ese signo distintivo en Internet lo registre como marca incluso, si distinga productos, servicios o actividades no similares, tal como exponen los arts. 8 y 51.1.b) LM.

En la medida en que se vulnere el honor de su titular, el art. 7.6 LOPH permitirá perseguir *“la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”*.

²⁰ Primera Directiva del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas: arts. 4.4.a) y 5.2.

B) LA DILUCIÓN DE SIGNOS DISTINTIVOS NOTORIOS O RENOMBRADOS.

Este grupo hace referencia a la dilución de las marcas notorias o renombradas o de otros signos distintivos igualmente notorios o renombrados²¹. A diferencia de la asociación, en el caso de la dilución de una marca notoria el público es consciente de que no hay ningún tipo de relación, ni por tanto, asociación entre el titular de la marca notoria y quien emplea deslealmente un signo que la diluye. Quien diluye una marca renombrada o notoria no tiene por qué comercializar productos o servicios similares a los distinguidos de la marca.

Constituye dilución, el deterioro de la capacidad de una marca famosa para identificar y distinguir bienes o servicios²². El uso de elementos publicitarios así como, de signos que recuerden la marca renombrada o notoria, para comercializar productos o servicios diferentes de inferior calidad, puede ver perjudicada su fama (tarnishment); incluso, aunque la calidad de los productos o servicios sea semejante ya que ésta práctica puede hacer perder el carácter distintivo a la marca notoria o renombrada.

Estos problemas están contemplados en los arts. 11 y 12 de la LCD, que regulan, respectivamente, los actos de imitación que sufren un aprovechamiento indebido de la reputación ajena y el aprovechamiento indebido de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquiridas por otro en el mercado.

En el ámbito específico del Derecho de marcas, es decir, siempre que exista uso del signo distintivo en el tráfico económico para distinguir productos o servicios, la protección de las marcas notorias registradas frente al uso del signo por terceros que cause su está regulado por el art. 16.3 del Acuerdo ADPIC, completando esta regulación por el art. 34.2 c) de la LM, que permite al titular de la marca registrada prohibir el uso de signos semejantes o que conlleven a la confusión del público para productos, servicios o actividades no similares, cuando *“con la utilización del signo realizada sin justa causa se pueda indicar una conexión entre dichos bienes y servicios y el titular de la marca o, en general, cuando ese uso pueda implicar un aprovechamiento indebido o un menoscabo del carácter distintivo o de la notoriedad o el nombre de dicha marca registrada”*. Esta regulación se complementa con las prohibiciones de registro que contempla el art. 8 de la LM.

²¹ Vid. MONTEAGUDO, *La protección de la marca renombrada*, y MASSAGUER, *Comentario...cit.*, p. 381.

²² TORRE DE SILVA Y LOPEZ LETONA, J. *Internet, propiedad industrial y competencia desleal*, cit., p. 22.

C) LAS PRÁCTICAS DENIGRATORIAS, DE ENGAÑO Y DE COMPARACIÓN ILÍCITA

El tercer grupo de prácticas desleales directamente relacionadas con el uso de signos distintivos incluye, las prácticas denigratorias y de engaño y de comparación ilícita. Una de las características esenciales de Internet es la posibilidad de comparación de bienes y servicios de forma gratuita y rápida; y dada la falta de control y de normas que regulan la red la mayoría de las veces, resulta que estas prácticas de comparación incurren en la denigración del producto, servicios o actividades. En la red es característico encontrarnos páginas en la que los consumidores particulares expresan sus opiniones. La determinación de cuándo una publicidad es denigratoria, induce a engaño o es deslealmente comparativa es en ocasiones difícil de establecer.

Estos problemas están regulados en los arts. 7,9 y 10 de la LCD, también, en los arts. 4, 6.a) y 6.c) de la LGP, así como, los arts. 30 y 34 de la LM; finalmente, también están contemplados en los arts. 10 bis del CUP, y en algunas ocasiones es de aplicación el art. 7.7 LOPH.

El art. 9 de la LCD considera desleal *“la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*. Así pues, no basta sólo con la exactitud de las manifestaciones para evitar la deslealtad y la denigración, es preciso que sean *pertinentes*. Por otra parte, el texto normativo de publicidad, establece *“es publicidad desleal la que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona, empresa o de sus productos, servicios o actividades”*. Cuando el signo afectado sea una marca, será de aplicación la LM, sus arts. 30 y 34, que anteriormente ya hemos mencionado, es decir, podrá prohibir el uso de publicidad ajena en el titular de la marca; y en especial los arts. 10 bis, apartados 3.2 y 3.3. CUP. Finalmente, no resulta raro que en estas prácticas se vea afectado el honor de las personas, por tal motivo, también, podremos invocar el art. 7.7. de la LOPH que considera intromisión ilegítima *“la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”*. Recordemos que no siempre las prácticas denigratorias constituyen vulneraciones del derecho al honor²³.

²³ El Tribunal Constitucional en sus sentencias 40/92, de 30 de marzo, y 223/92, de 14 de diciembre, declara que no es necesariamente lo mismo el honor de la persona y su prestigio profesional. No constituye lesión del derecho fundamental la mera crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad, aunque la difusión de hechos directamente relacionados con el desarrollo y ejercicio

Los actos de publicidad comparativa para ser lícitos deben referirse a extremos análogos o afines, relevantes o esenciales y objetivamente demostrables o comparables, tal y como se expone en los arts. 10 LCD y 6.c) LGP, y a productos o servicios similares, que no sean desconocidos ni de limitada participación en el mercado. También, en algunos casos, la legislación sobre marcas puede aplicarse para impedir el uso de signos ajenos para realizar publicidad comparativa fuera de los límites establecidos en la ley.

1.4 LÍMITES COMUNES AL CARÁCTER DESLEAL DE LAS PRÁCTICAS ANTERIORMENTE DESCRITAS: USO DESCRIPTIVO, INFORMATIVO O COMPARATIVO, USO COMO NOMBRE PROPIO EN EL MERCADO Y MENCIÓN NO COMERCIAL DEL SIGNO

Los tres grupos de prácticas desleales anteriormente descritas tienen en común sus límites, es decir, resulta lícito el uso descriptivo, informativo o comparativo del signo distintivo ajeno en el mercado, así como su uso como nombre de personas físicas en el mercado y la mención no comercial del signo.

El uso de la marca ajena, que tiene lugar con fines diversos a los de distinguir los productos o del titular del signo, está, en principio, amparado por el art. 37 de la LM. Sin embargo, podrá reputarse desleal cuando su finalidad no sea en realidad la de designar una especie o determinadas características objetivas, sino *“obtener un aprovechamiento indebido del carácter distintivo o del renombre de la marca o se pueda causar perjuicio a los mismos”*.

En el aprovechamiento indebido del carácter distintivo del signo, el uso de la marca constituirá una explotación de la reputación ajena. Por otro lado, el aprovechamiento indebido del renombre de la marca, un acto de dilución. Finalmente, el perjuicio desleal al carácter distintivo o al renombre un acto de dilución o una práctica denigratoria, dependiendo de las circunstancias. Por ello, podemos afirmar que el lícito uso descriptivo de la marca está en colisión con cada uno de los grupos anteriormente expuestos. En este mismo sentido, el art. 17 del Acuerdo ADPIC reconoce la posibilidad de permitir *“el uso leal de terminas descriptivos, a condición de que en ellos se tengan en cuenta los intereses legítimos del titular de la marca y de terceros”*.

de la actividad profesional de una persona pueden constituir intromisión ilegítima cuando excedan de la libre crítica a la labor profesional, y por la naturaleza, características y forma en que se hace esa divulgación, haga desmerecer en la consideración ajena su dignidad como persona.

Fuera de los supuestos legalmente establecidos, el titular del derecho de marca tiene de forma exclusiva el derecho de utilizarla en el tráfico económico, y, por tanto, puede prohibir el uso de su marca en documentos de negocios y en publicidad, tal y como recoge el art. 34 de la LM, incluye también, los documentos disponibles en todas aquellas redes de comunicación telemática. Más adelante se examinará las particularidades de estas como nombres de dominio.

No podemos dejar al margen, otras formas de competencia desleal²⁴, sin embargo, no entraremos a analizarlas porque exceden el ámbito de esta obra.

Una vez ya expuestos los principios generales, y estudiados los supuestos conflictivos más frecuentes, procederemos a continuación al examen de los nombres de dominio, sin olvidar, que también incurrir en estos problemas en los enlaces, en los “metatags” y “keywords”. En esta ocasión, nos referiremos sólo a los nombres de dominio por considerarse el objeto principal de esta obra.

CAPITULO II

2 NOMBRES DE DOMINIO

2.1 ESTRUCTURA Y TIPOS DE NOMBRES DE DOMINIO

La dirección electrónica de Internet sigue un esquema conocido como “*Unified Resource Locator*” (URL, localizador uniforme de recursos) el cual, especifica, mediante el protocolo correspondiente (“*http*”, “*ftp*”, “*mailto*”), la aplicación electrónica deseada y, después, la dirección concreta del ordenador con el que se quiere contactar; también puede añadirse referencias de archivos o directorios específicos siempre que se conozcan. Por su parte, el nombre de dominio, que forma parte de la dirección electrónica, operan a través de una jerarquía de niveles (*Domain Levels*) que dependiendo de su nivel, tendrán un mayor poder de identificación. Para una mayor comprensión de la estructura de los dominios, veámoslo con un ejemplo, así, si queremos entrar en la pagina principal de la Universidad San Pablo CEU: *www.uspceu.es*. La dirección “*.uspceu.es*” es el nombre de dominio, es decir, el núcleo de la dirección electrónica. En este nombre de dominio debemos distinguir la abreviatura genérica “.es” que constituye el nombre de dominio de primer nivel o *Top Level Domain (TLD)*, de

²⁴ Entre ellas, la violación de secretos (art.13 LCD) que es de aplicación en Internet aplicado a la violación de controles de informáticos de acceso que protejan secretos comerciales; la inducción a la infracción contractual (art.14 LCD) o la violación de normas (art.15 LCD), incluyendo las contenidas en la LGP.

la combinación de letras “.uspceu.” correspondiente a la institución educativa, es conocido como dominio de segundo nivel *Second Level Domain (SLD)*.

Además de los dominios primarios y secundarios (TLD y SLD) respectivamente, podemos encontrarnos subdominios o dominios más altos, es decir, dominios de tercer, cuarto nivel, etc. Que identifican *páginas webs* de un determinado área o departamento de una empresa, e incluso, una persona determina. Así, siguiendo con el ejemplo anteriormente puesto, si queremos entrar en la facultad de Derecho de la Universidad San Pablo CEU: www.derecho.uspceu.es.

Solo los dominios de primer nivel y segundo nivel, es decir, *Top Level Domain* (en el ejemplo, “.es”) y *Second Level Domain* (en el ejemplo, “.uspceu.”) deben registrarse ante la autoridad encargada del registro de dominios en Internet. El resto, subdominios de niveles superiores no es necesario que se registren, adjuntándose el dominio principal en función de las necesidades de cada organización.

Por tanto, lo que verdaderamente nos interesa, son los nombres de dominio de primer nivel y, también, aquellos de segundo nivel, debido a que a raíz de este último surgen conflictos con signos distintivos amparados por derechos exclusivos de propiedad intelectual.

Los dominios de segundo nivel (SLD) es la parte del nombre de dominio que identifica la procedencia o la clase de información o servicio proporcionados a través de una web. Es decir, se identifica a la persona, entidad o servicios, en algunos casos, ofrecidos. Mientras que los dominios de primer nivel (TLD) pretenden indicar en abstracto bien el carácter o naturaleza de la actividad o información prestada a través del sitio en línea, o bien la nacionalidad, o el territorio al cual está dirigida principalmente la actividad o información contenida en el sitio localizado por el dominio.

El TLD incluye, ad grosso modo, los indicadores genéricos de actividades o materias e indicadores de países o determinados territorios conectados a la red, quedando al libre arbitrio de cada usuario solicitar el registro de un segundo nivel dependiendo de las necesidades de cada empresa, organización o simples preferencias.

Podemos clasificar los nombres de dominio de primer nivel (TLD), distinguiendo entre (i) dominios de primer nivel genéricos y (ii) dominios de primer nivel nacionales o territoriales, siguiendo un criterio de distinción funcional entre los primeros y territorial en los segundos; o en atención a la

elección del nombre de dominio de segundo nivel (SLD). A su vez, podemos distinguir entre (i) dominios de primer nivel abiertos y (i) dominios de primer nivel restringidos, siguiendo un criterio de distinción estructural en función de la existencia o no de restricciones para la elección del dominio de segundo nivel.

Así bien, por un lado, tenemos los dominios de primer nivel genéricos (gTDLs), también, conocidos como dominios de primer nivel internacionales (iTDLs) por no hacer referencia a ningún territorio concreto y que, se caracterizan, de forma teórica, por describir aproximadamente la actividad del sujeto o entidades que tienen previsto manifestarse en una pluralidad de territorios, si bien, esta directriz no se suele cumplir en la práctica, de esta manera, suelen emplearse dominios genéricos para actividades o informaciones de carácter exclusivamente nacional, por ello, el mayor dominio utilizado para estos casos es *es.com* ya que está destinado para actividades en abstracto.

2.2 NATURALEZA DE LOS NOMBRES DE DOMINIO Y DEL DERECHO SOBRE LOS NOMBRES DE DOMINIO

“El nombre de dominio no es, a priori, más que expediente técnico mnemotécnico dentro de un sistema o medio de comunicación telemático como es Internet; una dirección electrónica alfanumérica que hace posible la comunicación fluida de información entre los distintos equipos informáticos de todo el mundo conectados a la red por un mismo protocolo de comunicación”²⁵. De esta manera, el nombre de dominio, en cuanto dirección electrónica, es una “clave” en la red que permite la búsqueda a los usuarios y a su vez, permite la comunicación entre diferentes terminales.

El nombre de dominio de segundo nivel, es elegido libremente por el solicitante. En la práctica, el nombre de dominio es empleado en muchas ocasiones para localizar una determinada terminal informática, sino, también, para identificar un sujeto, indicar y distinguir información, actividades o prestaciones ofrecidas por los anunciantes, desarrollando, así, como ya dijimos anteriormente, funciones distintivas en Internet.

Por tanto, las especiales características del nombre de dominio han motivado que, en muy poco tiempo, la función de los nombres de dominio haya cambiado de forma radical, si en un principio, su característica esencial era la localización de equipos de forma rápida y fácil; ahora, se han convertido

²⁵ CARBAJO CASCÓN F., *Conflictos entre Signos Distintivos y Nombres de Dominio en Internet*, cit., p. 68 y 69.

en un signo distintivo. De esta forma, siguiendo a CARBAJO CASCÓN, podemos concluir, que “los nombres de dominio se han revelado, pues como el principal signo identificativo y diferenciador o distintivo en el nuevo medio de comunicación (Internet), adquiriendo trascendencia en el mercado electrónico que se desarrolla en el mismo”²⁶.

Así el nombre de dominio cobra gran importancia jurídica por su utilidad en la red, al generar una evocación en los usuarios que les motiva a visitar la web localizado con el mismo.

En definitiva, la capacidad del nombre de dominio para remitirse a una empresa o profesional, hacen de éste que sea un elemento fundamental en la estrategia comercial de los empresarios que deseen acceder a la red para publicar y comercializar sus actividades, prestaciones o servicios, los cuales se intentarán registrar como nombres de dominio.

En realidad, el registro como nombre de dominio del signo o signos propios de una empresa constituye la más importante estrategia empresarial, “*Trademarketing*”²⁷ en el mercado electrónico, pues el dominio es capaz de globalizar la presencia de una empresa en Internet. Podemos concluir que, siguiendo a CARBAJO, “la presencia de una empresa en Internet empleando como nombre de dominio su signo distintivo más característico (marca, nombre comercial) resulta fundamental de cara a la posterior estrategia publicitaria y comercial de esa empresa en el mercado electrónico que se desarrolla en la red”²⁸.

2.3 LAS AUTORIDADES EN MATERIA DE NOMBRES DE DOMINIO

A) EL DEPARTAMENTO DE COMERCIO DE LOS ESTADOS UNIDOS, ICANN Y LAS ENTIDADES DEPENDIENTES DEL ICANN

Las competencias relativas a la asignación de los nombres de dominio estaban atribuidas a DARPA (Department of Defense’s Advanced Research Project Agency), agencia del Departamento de Defensa de los Estados Unidos de América ligada al nacimiento de Internet, gestionaba indirectamente en virtud de un contrato celebrado con el Information Sciences Institute University

²⁶ CARBAJO CASCON, FERNANDO, *Conflicto entre signos distintivos...cit.*, p. 69 y 70.

²⁷ El “*trademarketing*” constituye una estrategia comercial que busca hacer omnipresente un signo distintivo en el tráfico comercial para atraer en masa la atención de los consumidores sobre la actividad, los productos o servicios de una empresa (indicación del origen empresarial, finalidad última de los signos distintivos de empresa)

²⁸ CARBAJO CASCON, FERNANDO, *Conflicto entre signos distintivos...cit.*, p. 77.

of Southern California (USC). El conjunto de las funciones técnicas relativas a esta materia es conocido como Internet Assigned Numbers Authority (IANA)²⁹. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos asumió la titularidad del servicio, para cederlo de forma limitada a ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)³⁰. Entre las limitaciones que tiene ICANN, debemos destacar, la necesidad de recabar el consentimiento del Departamento de Comercio para alterar o delegar los TLDs o modificar de forma sustancial las funciones de asignación de nombres de dominio.

B) OTRAS ORGANIZACIONES GESTORAS DE TLDs

Existen otras organizaciones que tienen concedida la gestión de algunos gTLDs, estos nombres de dominio restantes que dependen de la gestión de Network Solutions Inc. Que a su vez, depende de la Administración Estadounidense en materia civil y militar.

De cualquier forma, todos los títulos existentes para gestionar TLDs proceden directa o indirectamente del Gobierno de Estados Unidos.

C) AUTORIDADES ESPAÑOLAS

La Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, atribuye al Gobierno la potestad para establecer el procedimiento de asignación de nombres y direcciones de dominio de Internet bajo el código de España, “.es”.

Por su parte, el Reglamento de Interconexión y Numeración, atribuye al Ministerio de Fomento la competencia para designar, el órgano o autoridad competente para la gestión del registro de nombres y direcciones.

La entidad pública empresarial Red. es, está adscrita al Ministerio de Fomento y tiene por función principal, “a gestión del registro de los nombres

²⁹ Es fácil caer en el error de designar IANA como si fuera una entidad. Sin embargo, es una forma de denominar un conjunto de funciones. En los contratos de fechas 9 de febrero de 2000 y 21 de marzo de 2001 se encomienda a ICANN su desempeño.

³⁰ ICANN presta servicio en virtud del contrato celebrado con el Departamento el 21 de marzo de 2001. Originariamente, el Memorandum of Understanding definía la relación entre el Departamento de Comercio e ICANN como un proyecto conjunto. En la actualidad se contempla como un contrato de servicios prestados por ICANN al Departamento de Comercio. Podemos decir, que la relación entre el Departamento de Comercio e ICANN sea como una transferencia parcial y revocable del servicio y de la responsabilidad asociada a su gestión.

y direcciones de dominio de Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es) Se trata, por tanto, de la autoridad de asignación³¹. No obstante, las resoluciones del ente público en esta materia son recurribles ante el Secretario de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, que es el órgano de máxima autoridad española en la materia.

2.4 LOS PROBLEMAS Y SU TIPOLOGÍA

El elenco de signos protegidos por el ordenamiento que puedan entrar en conflicto con nombres de dominio es abierto.

Si nos referimos a los tipos de conflictos que pueden presentarse, todos ellos, excepto los que serán objeto de un estudio específico, pueden agruparse en alguna de las tres categorías que mencionábamos en el Capítulo I de este trabajo.

- (i) Creación de un riesgo de confusión en el público entre el titular del nombre de dominio y el titular del signo protegido;
- (ii) Dilución de marcas y nombres comerciales notorios o renombrados;
- (iii) Prácticas denigratorias.

Como ya hemos explicado estas categorías, resulta absurdo, volver a hacerlo, bastaría con recordar que quien diluye una marca renombrada, o crea un riesgo de confusión con ella, así como quien la denigra en el tráfico económico, debe someterse a las consecuencias que ello soporta.

No obstante, hay tres problemas específicos que son característicos de los conflictos relativos a nombres de dominio.

- (i) La necesidad de determinar en qué circunstancias el mero registro de un nombre de dominio, o su registro acompañado de un uso no comercial, constituyen un uso del signo en el tráfico mercantil para distinguir los productos, servicios o actividades, o una práctica con finalidad concurrencial.
- (ii) Los conflictos que surgen por la imposibilidad de registrar dos nombres de dominios idénticos para distinguir productos, actividades o servicios, si esto fuera posible incurriríamos en una práctica desleal por riesgo de confusión ante el público.

³¹ <http://nic-es>.

- (iii) Los conflictos que surgen por el ámbito de aplicación territorial de los nombres de dominio y de los restantes signos protegidos. El titular de un nombre de dominio puede serlo también, de otro signo coincidente, protegido por el ordenamiento. De esta forma, la característica de globalidad que presenta Internet, es decir, el conflicto entre signos distintivos protegidos en diversas jurisdiccionales estatales. También, puede darse la circunstancia, de que el titular del nombre, sin ser titular de otros signos distintivos coincidentes, desarrolle lícitamente su actividad fuera del territorio español.

2.5 LAS SOLUCIONES SUMARIAS EN EL SENO DE ICANN

El registro de nuevos nombres de dominio se rige por el principio “*first come, first served*”. Con carácter previo al registro del nombre de dominio se comprueba que éste no sea coincidente con otro anteriormente registrado, pero no se investiga el derecho que pueda tener o no el solicitante o un tercero al uso del signo distintivo.

Debemos tener en cuenta, que ICANN establece dos vías de actuación para solucionar los conflictos que puedan surgir entre el titular de un nombre de dominio y el titular de otro signo protegido. Estas vías son las siguientes:

En primer lugar, (i) la vía judicial ordinaria o arbitral establecida en cada jurisdicción. ICANN se compromete a cancelar, transferir o realizar cualquier cambio en los nombres de dominio si recibe cualquier orden judicial por parte de un tribunal ordinario o arbitral.

En segundo lugar, (ii) se proporciona un mecanismo extrajudicial sumario para la resolución de algunos de los conflictos más graves entre marcas y nombres de dominio. Esta segunda vía, merece un especial interés, ya que es preciso observar que la naturaleza jurídica de este mecanismo de resolución de conflictos no es propiamente arbitral. Esta vía solo es aplicable a determinados supuestos, es decir, aquellas en las que el titular de una marca puede demostrar tres extremos:

- (i) que el nombre de dominio es idéntico o confusamente similar a la marca sobre la cual el demandante tiene derechos, y
- (ii) que el titular del nombre de dominio no tiene derechos ni intereses legítimos en relación con el nombre de dominio, y

- (iii) que el nombre de dominio ha sido registrado y está siendo usado de mala fe. Si no concurren todos y cada uno de estos requisitos, el interesado deberá acudir a la jurisdicción ordinaria.

A) EL NOMBRE DE DOMINIO ES IDÉNTICO O CONFUSAMENTE SIMILAR A LA MARCA SOBRE LA CUAL EL DEMANDANTE TIENE DERECHOS

En referencia a este primer requisito, para que se cumpla es preciso que el demandante sea efectivamente titular de la marca, y además, que exista identidad o similitud que confunda. En relación con esto, la identidad existe siempre que las denominaciones así lo sean, aunque otros elementos de diseño puedan estar presentes. En cuanto a la similitud fonética, a mi juicio, podemos concluir, que esto es muy complicado de establecer y por tanto, no podemos decir que el dominio sea idéntico o confusamente similar³².

B) EL TITULAR DEL NOMBRE DE DOMINIO NO TIENE DERECHOS NI INTERESES LEGÍTIMOS EN RELACIÓN CON EL NOMBRE DE DOMINIO

Este segundo requisito, debe entenderse por un derecho o interés legítimo, con referencia al nombre de dominio, entre otros, los siguientes:

- (i) Los que con anterioridad a tener conocimiento del conflicto hayan usado o realizado preparativos de uso del nombre de dominio o de un nombre semejante en relación con una oferta de buena fe de productos o servicios.
- (ii) Los que sean comúnmente conocido por un signo coincidente con el nombre de dominio, aunque no lo haya registrado como marca.
- (iii) Los que hagan uso legítimo y no comercial o “justo” del nombre de dominio, sin el propósito de crear confusión entre los consumidores sin desacreditar la marca en cuestión.

De acuerdo con esto, podemos concluir que el requisito esencial consiste en que el titular del nombre de dominio carezca de derechos o intereses legítimos.

³² En cuanto a la similitud fonética, se ha entendido por ejemplo, que la marca highclass.com no es similar a la marca High Class by Claudio Budel. El guión no es obstáculo para la coincidencia.

A este tenor, debemos hacer una breve referencia al nuevo procedimiento que establece la entidad Red. es para estos casos.

No podemos dejar al margen, que la entidad pública española Red. es ha modificado el procedimiento de reasignación de nombres de dominio de interés general, es decir, para la reasignación de los nombres de dominio en aquellos casos en que se haya producido un registro abusivo de los mismos, desarrollando las normas específicas de procedimiento del Plan Nacional de Nombres de Dominio.

La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, en su Disposición Adicional Sexta, apartado Tres, dispone: “la asignación de nombres de dominio de Internet bajo *el.es* se realizará de conformidad con los criterios que se establecen en esta disposición, en el Plan Nacional de Nombres de Dominio de Internet, en las demás normas específicas que se dicten en su desarrollo por la autoridad de asignación y, en la medida en que sean compatibles con ellos, con las prácticas generalmente aplicadas y las recomendaciones emanadas de las entidades y organismos internacionales que desarrollan actividades relacionadas con la gestión del sistema de nombres de dominio de Internet”.

Cada cierto tiempo, surge la necesidad de recuperar nombres de dominio. *es* que han sido registrados por personas o entidades privadas y que prestan un elevado interés general. En muchas ocasiones estos nombres de dominio se registran con fines especulativos y provocan confusión con el titular asignado y el sujeto que verdaderamente representa el interés general asociado a ese concreto nombre de dominio.

La instrucción prevé que, en el caso de que se detecte que un nombre de dominio presenta un elevado interés general, el presidente de Red.es pueda, mediante resolución motivada, declarar de forma excepcional el nombre de dominio como interés general. La entidad Red.es cancelara el nombre de dominio y lo reasignará a favor del sujeto que represente el interés general.

No es propiamente una expropiación. La persona física o jurídica, que registra un nombre de dominio directamente relacionado con el interés general, sin representarlo, dispone del uso, nunca de la propiedad, de un recurso público que legítimamente no le corresponde. Por esta razón bajo ningún concepto puede hablarse de “expropiación” sino de “reasignación”.

C) EL NOMBRE DE DOMINIO REGISTRADO Y USADO DE MALA FE.

Este último requisito, puede entenderse cumplido siempre que se acredite, entre otras, una de las siguientes circunstancias, esta lista no es “*numerus clausus*”, sino una lista abierta. Aquí podemos distinguir:

- (i) Que existan indicios de que el nombre de dominio ha sido registrado o adquirido con el propósito de venderlo, alquilarlo o transferirlo de algún modo al demandante titular de la marca;
- (ii) El nombre de dominio ha sido registrado para impedir su registro por el titular de una marca, siempre que el titular del nombre de dominio lo haya hecho obedeciendo a un patrón de conducta³³;
- (iii) El nombre de dominio ha sido registrado fundamentalmente con el propósito de crear problemas en el negocio de algún competidor;
- (iv) Al usar el nombre de dominio, se ha intentado, voluntariamente, atraer usuarios produciendo una confusión con la marca de forma totalmente voluntaria³⁴.

La exigencia del requisito de mala fe. Si el registro no fue de mala fe, incluso en caso de posterior uso del nombre de dominio de mala fe. Así, no existe mala fe en el registro de un nombre de dominio coincidente con la denominación de una empresa del mismo titular, aunque sea coincidente con la marca utilizada por un tercero con anterioridad. Tampoco existe mala fe, en el registro de nombres de dominio coincidente con la marca de un tercero, si no existen elementos de juicio que permitan afirmar que el registro se hizo con conocimiento de la existencia de una marca coincidente.

A grandes rasgos, podemos decir que se excluye la mala fe en el registro de nombres de dominio genéricos cuya coincidencia con marcas extranjeras era desconocida por el solicitante en el momento del registro. Ni siquiera, existe mala fe en el registro del nombre se excluye necesariamente cuando éste es de fecha anterior al inicio de uso y registro de la marca de un tercero.

³³ Para entender este requisito, lo explicaremos con un ejemplo, Decisión Forum Hewlett-Packard Company v. Jeff Burgar. En este asunto, el demandado había registrado 1.300 nombres de dominio coincidentes con nombres y marcas renombrados. Denis Toeppen, por su parte, registró 240, algunos de ellos coincidentes con marcas de mucho renombre.

³⁴ En casos de coincidencia entre nombres de dominio y marcas ajenas, para acreditar la ausencia de mala fe, una vez descubierta la coincidencia, es oportuno reenviar los e-mails recibidos al titular originario de la marca.

2.6 PROTECCIÓN DE DATOS Y NOMBRES DE DOMINIO

La protección de datos es un derecho fundamental regulado en el ordenamiento jurídico internacional a través de la Directiva Europea de Privacidad, y a través de la Carta de Derechos Europeos, y en el ordenamiento jurídico español en la Ley 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) y su Reglamento de desarrollo 1720/2007, 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, cuyo objeto ha sido ampliado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 292/2000 en la que el Tribunal Constitucional en sus Fundamentos Jurídicos Sexto y Séptimo³⁵ ha definido como *“la esfera de los bienes de la personalidad que pertenece al ámbito de la vida privada, unidos al respeto de la dignidad personal, el derecho al honor y el ejercicio de los derechos de la persona”*.

De esta forma podemos concluir que el objeto de derecho a la protección de datos es más amplio que el derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no solo a la intimidad que se recoge en el artículo 18.1 de la Constitución Española que reza *“se protege el derecho al honor a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional anteriormente mencionada, expresa que *“La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad [...]”. En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado. En fin, el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. [...]”*.

En ocasiones, los nombres de dominio pueden incorporar datos de carácter personal, como los apellidos y el nombre de personas físicas, por lo que, en consecuencia en estos supuestos en los que el nombre de dominio está compuesto por datos de carácter personal, el nombre de dominio servirá de enlace unívoco e infalible con la URL de la web de una determinada persona

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre RTC 2000/292.

cuya IP es considerada un dato de carácter personal, tal como lo ha destacado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD), en múltiples ocasiones, y por ende le resulta aplicable la normativa de protección de datos de carácter personal. A modo de referencia, destacamos el informe de la AEPD 327/2003 es claro al señalar: *“Así pues, aunque no siempre sea posible para todos los agentes de Internet identificar a un usuario a partir de datos tratados en la Red, desde esta Agencia de Protección de Datos se parte de la idea de que la posibilidad de identificar a un usuario de Internet existe en muchos casos y, por lo tanto, las direcciones IP tanto fijas como dinámicas, con independencia del tipo de acceso, se consideran datos de carácter personal resultando de aplicación la normativa sobre protección de datos”*.

Asimismo, y en este sentido, el Grupo Europeo de Trabajo del artículo 29 cuyas opiniones son referentes en materia de protección de datos para los países miembros de la UE, en su Dictamen 4/2007 considera las direcciones IP como datos sobre una persona identificable declarando que en el caso de direcciones IP *“no cabe duda de que se puede hablar de datos de carácter personal en el sentido de la letra a) del artículo 2 de la Directiva”*.

Por todo ello, se considera que también en estos casos y en aras de asegurar en términos establecidos por la Jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, la máxima garantía de los Derechos Fundamentales de las personas, entre los que se encuentra el derecho a la privacidad, consagrado en nuestro texto Constitucional en su artículo 18.4 *“La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*. Por tanto, será necesario considerar que el tipo de *“nombre de dominio de Internet”* el cual incorpore un determinado apellido o apellidos y que, en su caso, lo acompañe un nombre, es también un dato de carácter personal que, como tal, se encuentra amparado por el régimen establecido en la normativa de protección de datos, siendo aplicable la excepción prevista en la LOPD que establece que los nombres de personas físicas utilizados por empresas o personas jurídicas para fines comerciales, y que no permitan su distinción no son considerados datos de carácter personal tal y como se desprende del artículo 2.2 de la LOPD.

La importancia de delimitar qué se entiende por dato de carácter personal no es baladí, porque si consideramos que determinada información constituye un dato de carácter personal, ello implica el sometimiento de dicha información a los principios exigidos por la normativa de aplicación de protección de datos. De ahí, que el concepto de dato personal se encuentre ligado al ámbito de aplicación tanto de la LOPD como del Reglamento 1270/2007, de 21 de diciembre, por el que

se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, RDLOPD).

Por otro lado, debemos tener en cuenta que cada vez que registramos un nombre de dominio cabe la posibilidad que se publiquen datos personales en bases de datos como por ejemplo WHOIS, en este caso, debemos tener en cuenta dos posibles casos. En primer lugar, que los datos personales no se publiquen siempre y cuando antes del momento de registrarlo se solicite la anonimización de los datos aparejados al nombre de dominio. En estos supuestos, los datos personales del propietario del nombre de dominio no se harán públicos. Sin embargo, debemos tener en cuenta que no todos los datos pueden ser anónimos ya que como mínimo serán públicos los datos del contacto técnico y administrativo. Cabe mencionar que la finalidad para la recopilación de datos suele ser el mantenimiento de la relación contractual e intercambio de información entre el proveedor de servicios (dominios) y el usuario, cuyos datos también suelen ser utilizados para el envío de información, mejora de la calidad de los servicios, comercialización (tarea que se debe identificar como tal), etc.

No obstante, puede ser que el titular del nombre de dominio no solicite esta anonimización por lo que los datos personales serán públicos, y suelen ser recopilados en bases de datos para consultar la titularidad de los dominios como lo es "WHOIS", la cual no es una fuente accesible al público, en este sentido debemos recordar que la LOPD en virtud del artículo 3 hace una relación detallada de lo que se entiende como fuente accesible al público, apartado j) al identificar como tales: *"Aquellos ficheros cuya consulta puede ser realizada, por cualquier persona, no impedida por una norma limitativa o sin más exigencia que, en su caso, el abono de una contraprestación. Tienen la consideración de fuentes de acceso público, exclusivamente, el censo promocional, los repertorios telefónicos en los términos previstos por su normativa específica y las listas de personas pertenecientes a grupos de profesionales que contengan únicamente los datos de nombre, título, profesión, actividad, grado académico, dirección e indicación de su pertenencia al grupo. Asimismo, tienen el carácter de fuentes de acceso público los diarios y boletines oficiales y los medios de comunicación"*, definición que se extiende y en parte aclara en el artículo 7 del RDLOPD.

En el caso de obtener datos de carácter personal de cualquier otra fuente de información no indicada en el articulado legal, el responsable del fichero *deberá obtener siempre el consentimiento previo del afectado*. Son varias ya las ocasiones en las que la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha indicado en sus resoluciones o informes jurídicos que ambas definiciones son una enumeración taxativa, que limita y no tiene discusión, respecto a lo que cabe considerar como

fuentes accesibles al público, y así por ejemplo no tienen esta consideración las páginas web, ya que la AEPD considera que Internet no es un medio de comunicación social.

No obstante, debemos precisar que encontramos una clara excepción en el artículo 11 de la LOPD en el que se afirma que no será necesario el consentimiento del afectado cuando así lo prevea una Ley.

Esta excepción se contempla con el ente público de asignación de nombres de dominio “.es” Red.es así en la Ley 14/2000 de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su Disposición Adicional Decimoctava, Procedimiento de asignación de nombres y direcciones de dominio en Internet bajo el código de país correspondiente a España (.es), establece que “La Entidad Pública empresarial Red.es dará publicidad a los procedimientos de asignación y registro que se adopten, los cuales estarán disponibles al público por medios electrónicos y de forma gratuita”.

En conclusión, en primer lugar, debemos tener en cuenta que el derecho de protección de datos es un derecho fundamental que está regulado en varios textos normativos internacionales como nacionales. En segundo lugar, y en mi opinión y para cumplir fielmente con lo dispuesto en la normativa de aplicación de protección de datos podemos entender que WHOIS no es una fuente accesible al público ya que no puede considerarse como una “guía de servicios de comunicaciones electrónicas, en los términos previstos por su normativa específica” tal y como se desprende del artículo 7.1 apartado a) del RDLOPD.

CAPITULO III

3 NORMATIVA INTERNACIONAL, COMUNITARIA Y ESPAÑOLA

3.1 NORMATIVA ESPAÑOLA APLICABLE A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DE CONFLICTOS RELATIVOS A NOMBRES DE DOMINIOS

A) LEY 17/2001, DE 7 DE DICIEMBRE, DE MARCAS

El art. 2 de la LM bajo su rúbrica “Adquisición del Derecho” expone de forma textual *“El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones presentes en*

la Ley". En el Derecho español el registro de un nombre de dominio supone por sí misma la adquisición de derecho sobre la denominación³⁶.

El art. 34 de la LM "Derechos conferidos por la marca" establece "1. El registro de la marca confiere a su titular el derecho exclusivo a utilizarla en el tráfico económico". El registro de un nombre de dominio que sea igual a la marca en cuestión por una persona distinta a su titular requerirá la autorización expresa del titular legítimo de la marca³⁷. "2. El titular de la marca registrada podrá prohibir que los terceros, sin su consentimiento, la utilicen en el tráfico económico" la aplicabilidad de esta disposición en el ámbito de los nombres de dominio deberá basarse en el principio de especialidad, para de este modo evitar el riesgo de confusión³⁸.

El art. 40 de la LM cuyo título es el siguiente, "Posibilidad de ejercer acciones civiles y penales" establece "El titular de una marca registrada podrá ejercitar ante los órganos jurisdiccionales las acciones civiles o penales que correspondan contra quienes lesionen su derecho y exigir las medidas necesarias para su salvaguardia,

³⁶ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 85/2001 (Sección 1), de 20 de junio de 2001 (RJ 2001/321020) expone "la disposición de un dominio en Internet con la denominación de referencia no constituye elemento justificativo o exculpatario alguno, sino que, antes al contrario, supone otro elemento más de la clara ilicitud del uso público de la marca que no corresponde, de acuerdo con la realidad registral que ampara la Acusación Particular, dentro de los mecanismos legales establecidos, precisamente, para la protección de los derechos de propiedad en este ámbito mercantil". En este mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 517/2002(Sección 11ª), de 21 de noviembre (AC 2006/284) establece expresamente "el proceso de registro de dominios en Internet no confiere derecho alguno sobre el uso de nombres y marcas comerciales".

³⁷ Así lo indico la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia nº 207/2002, de 19 de diciembre de 2003 (RJ 2004/826) que consideró que el registro por parte de una empresa de promoción artística de una serie de nombres de dominio idénticos a las marcas cuya titularidad era de un artista con la que había suscrito un contrato de representación constituía una infracción a los derechos del artista, ya que este contrato no contemplaba de forma expresa la posibilidad de proceder a dicho registro por parte de la empresa.

³⁸ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 299/2005 (Sección 15), de 22 de junio (RJ 2006/1530) que indica "la acción de violación que reconoce tal precepto tiene, pues, su campo de actuación dentro del principio de especialidad y busca sólo evitar el riesgo de confundibilidad que pueda ocasionar quien sin estar legitimado por el registro para el uso de una marca, distinga con ella (idéntica o semejante a otra registrada) productos o servicios idénticos o similares a los identificados con ésta". Por otra parte, esta misma sentencia, afirma que la comparación entre una marca y un nombre de dominio debe basarse en "una visión de conjunto sintética, de la totalidad de los elementos integrantes de los mismos, sin descomponer su unidad fonética y gráfica y que las semejanzas, de haberlas, es preciso que estén referidas, no solo a los elementos individualizados de cada una de las marcas, sino también y principalmente, a la generalidad o conjunto de las distintas partes que comprenden la misma. Y todo ello, a la luz de un consumidor medio que se supone normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz", tal y como ha venido sosteniendo la jurisprudencia en el ámbito marcarío.

todo ello sin perjuicio de la sumisión a arbitraje, si fuere posible. Este artículo ampara la posibilidad de solicitar medidas cautelares cuya finalidad sea bloquear un nombre de dominio objeto de un procedimiento judicial, de modo que no pueda ser transferido por la parte demandada a un tercero durante el transcurso del correspondiente procedimiento. Distintas resoluciones ha considerado que son de aplicación los arts. 726 y 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)³⁹. Por otra parte, el titular del nombre de dominio puede plantear un interdicto para retener la posesión sobre dicho dominio, en el caso, de que se considere que existe un riesgo de pérdida de la posesión⁴⁰.

B) LEY 3/1991, DE 10 DE ENERO, COMPETENCIA DESLEAL

El art. 2 establece el “Ámbito objetivo” que establece “1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrá la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero”. Al aplicar este precepto en el ámbito de los nombres de dominio se ha considerado que, a efectos de evaluar la conducta sometida a la LCD, debe darse un uso activo del nombre de dominio, vinculándolo a una oferta de productos o servicios. Así el registro de un nombre de dominio sin combinarse con un uso en el mercado del mismo, ha sido considerado ajeno al ámbito de la LCD⁴¹.

El art. 4 de la LCD establece el “Ámbito territorial”, establece que “La presente Ley será de aplicación a los actos de competencia desleal que produzcan o puedan producir efectos sustanciales en el mercado español”. Sin embargo, debemos tener en cuenta, que en este ámbito y el carácter esencial de globalidad que tiene Internet, y por tanto, el sistema de nombres de dominio, no impide la aplicación

³⁹ En este sentido, por ejemplo, la auto de la Audiencia Provincial de Asturias nº 140/2004 (Sección 1) de 19 de octubre de 2004, así como, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 266/2005 (Sección 15) de 3 de noviembre.

⁴⁰ Así lo consideró, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 6. De Valladolid nº 355/2000, de 19 de diciembre de 2000, la cual puntualizó “el existo de la ccion ejercitada poreal demandante pasa, primero por acreditar su posesión *nec vis, nec clam, nec precario* (sin haber incurrido en fuerza, clandestinidad o precario), y, segundo, por probar que la entidad demandada ha realizado actos de perturbación de dicha posesión con *animus spoliandi*”

⁴¹ En este sentido, ver, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos nº 230/2005 (Sección 2º), de 3 de mayo (RJ 2005/2071).

de este artículo a aquellos casos en los que se puede determinar que los efectos de la conducta en cuestión se producen en el territorio español⁴².

El art.5 establece “Clausula general” en el cual se expone “*Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe*”. En el ámbito de los nombres de dominio, los tribunales españoles han considerado que el uso de los mismos debe responder a una conducta objetivamente de mala fe. Más allá de los supuestos previstos en la propia ley, es decir, confusión, engaño, denigración, imitación o explotación de la reputación ajena. Se ha considerado que existe mala fe, en más supuestos que no están tasados en la Ley.⁴³

A continuación trataremos de los actos más importantes que se consideran desleales en la LCD y que tienen cierto interés en el ámbito de los nombres de dominio.

El art. 6 de la LCD establece los “Actos de confusión” que cita “*Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos*”.⁴⁴ El riesgo de asociación por parte de los consumidores respecto de la procedencia de la prestación es suficiente para fundamentar la deslealtad de una práctica.

⁴² En este sentido, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Valencia, de 17 de Abril de 2001, (RJ 2001/2324). Por otra parte, la alegación de cualquier normativa adoptada en este ámbito por ICANN u otras entidades de gestión de registro de nombres de dominio, en el procedimiento ante tribunales españoles deben tener carácter subsidiario y no vinculante. En este sentido, ver la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza nº 528/2002 (Sección 5ª), de 24 de Septiembre (RJ 2002/1633).

⁴³ La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 293/2005, (Sección 15), de 21 de junio de 2005 (RJ 2005/180742) consideró que los titulares españoles de una serie de nombres de dominio basados en las denominaciones “Carrefour” y “Champion” habían actuado de mala fe al haber constituido dos sociedades en las Islas Vírgenes cuyas denominaciones sociales eran idénticas a dichas marcas para crear una apariencia de legitimidad para registrar y utilizar los nombres de dominio a fin de ofertar a través de ellos productos de consumo.

⁴⁴ En relación con la aplicación de este artículo en el ámbito de los nombres de dominio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 194/2006 (Sección 11), de 12 de mayo (RJ2006/933), indicó: “la prohibición de un nombre de dominio únicamente ha de aceptarse cuando se produce una violación de la marca y ésta presupone que el signo ha sido utilizado en el nombre de dominio en el tráfico económico que, desde el punto de vista de la legislación sobre competencia desleal podría considerarse como un acto de confusión no solo el uso, como nombre de dominio, de un signo distintivo ajeno, sino que registrar un nombre que se asocie claramente a servicios que presta otra persona, aunque no sea idéntico, puede generar riesgo de asociación en el mercado y fundamentar así la deslealtad de la práctica”.

El art. 7 de la LCD expone “Actos de engaño” el cual establece “*Se considera desleal la utilización o difusión de indicaciones incorrectas o falas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que, por las circunstancias en que tenga lugar, sea susceptible de inducir a error a las personas a las que se dirige o alcanza, sobre la naturaleza, modo de fabricación o distribución, características, aptitud en el empleo, calidad y cantidad de los productos y, en general, sobre las ventajas realmente ofrecidas*”⁴⁵.

El art. 9 de la LCD trata sobre los “Actos de denigración” y expone “*Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar si crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes*”.

El art. 11 de la LCD bajo la rúbrica “Actos de imitación” establece lo siguiente “*1. La imitación de prestaciones e iniciativas empresariales ajenas es libre, salvo que estén amparadas por un derecho de exclusiva reconocido por la Ley. 2 no obstante, la imitación de prestaciones de un tercero se reputará desleal cuando resulte idónea para generar la asociación por parte de los consumidores respecto a la prestación o comporte un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno*”⁴⁶.

El art. 12 trata sobre “Explotación de reputación ajena” su texto es el siguiente “*Se considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado*”. En estos supuestos, y a diferencia de los criterios utilizados en el ámbito de las marcas, la comparación entre los productos o servicios en cuestión no debe basarse en criterios estrictamente formales, sino que debe incorporar otros parámetros que permitan una comparación teniendo en cuenta la realidad del mercado en cuestión⁴⁷.

⁴⁵ Al aplicar este artículo a los nombres de dominio, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 517/2005 (Sección 11), de 21 de noviembre (RJ2006/284) indicó que a través de un uso como el descrito del nombre de dominio “se parasita el fondo de comercio de la marca más conocida, se pierden negocios a favor del competidor desleal, y en muchos casos, de no actuar en contra del infractor, -tolerando el uso que haga de la marca-, puede perderse la eventual acción contra el mismo”.

⁴⁶ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas, nº 588/2002 (Sección 4º), de 4 de octubre (RJ2003/80268), en la que se consideró que el registro de un nombre de dominio utilizando la marca “Don Algodón” y su posterior uso para la oferta de productos similares imitando los comercializados por el titular de la mencionada marca pretendía confundir de forma deliberada a los consumidores.

⁴⁷ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº 299/2005 (Sección 15), de 22 de junio (RJ 2006/1530) indica que “el concepto de riesgo de confusión [...] no se trata de un concepto

Por otra parte, se ha considerado que el aprovechamiento de una situación coyuntural de retraso en el pago de las tasas de registro de un nombre de dominio por parte del titular de la marca idéntica a dicho dominio para obtener el registro de tal nombre de dominio y su posterior uso aprovechándose de la reputación de la marca en cuestión constituye una actuación de competencia desleal, susceptible de encajar dentro del supuesto contemplado en este artículo.

C) LEY ORGÁNICA 1/1982, DE 5 DE MAYO, DE PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR, Y A LA PROPIA IMAGEN

El art. 2 establece la “Delimitación de la protección civil y del consentimiento”.

El art. 7 establece que *tendrán consideraciones de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley: [...] 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*⁴⁸.

D) REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El art. 10 de la LPI bajo la rúbrica “Obras y títulos originales” establece “1. Son objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científica expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro [...]”⁴⁹.

puramente normativo, esto es, derivado de la simple comparación de los signos en conflicto y de los productos o servicios con ellos identificados, sino de la intervención de otros muchos factores, tales como los precios de los productos, los canales de distribución de los mismos, la publicidad efectuada, etc.”

⁴⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de Girona, nº 115/2006 (Sección 1), de 30 de marzo (RJ2006/249659), estableció expresamente la aplicabilidad de dicho precepto al ámbito de los nombres de dominio, indicando que, en relación al uso comercial no consentido del apellido Salvador Dalí por parte de un hotel “no puede más que aceptarse que la sociedad demandada está utilizando indebidamente el apellido de D. Salvador Dalí, mundialmente conocido como Dalí, por lo que al denominar a la sociedad, al hotel y el dominio de Internet con dicho nombre está violando el derecho a la imagen de dicha persona.

⁴⁹ La vinculación directa de un nombre de dominio a una obra protegida por derechos de propiedad intelectual comporta que dicho dominio quede englobado dentro del ámbito objetivos de los derechos conferidos en la LPI, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, nº 645/2005 (Sección 10ª), de 11 de octubre (RJ 2006/40063).

El art. 17 de la LPI bajo el título “Derecho exclusivo de explotación y sus modalidades” que dice “Corresponde al autor el ejercicio exclusivo de los derechos de explotación de su obra en cualquier forma y, en especial, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación, que no podrán ser realizadas sin su autorización, salvo en los casos previstos en la presente Ley”⁵⁰.

CAPITULO IV

4 JURISPRUDENCIA COMPARADA

No sorprende la copiosa jurisprudencia⁵¹ que, todos los Estados, han protegido a los titulares de marcas notorias o renombradas frente a quienes han registrado de mala fe nombres de dominio susceptibles frente a quienes han registrado de mala fe nombres de dominio susceptibles de confusión con dichas marcas.

La mayoría de la jurisprudencia en los casos de mala fe, es unánime, de tal forma que los tribunales conceden protección a la marca renombrada y condenan al cybersquatter a la cancelación o transmisión del nombre de dominio. En España, el caso que mayor importancia tuvo, fue el caso Nocilla⁵².

En estos casos, quienes registran un nombre de dominio no persigue confundir al usuario en la comercialización de sus bienes y servicios, sino sólo en el acceso a su pagina web, ya que esta confusión inicial puede ser explotada de forma comercial, bien mediante banners publicitarios, bien mediante la captación del interés del internauta ofreciéndole otras bienes o servicios.

Por el contrario, en los casos en los que no se aprecia mala fe, la jurisprudencia comparada ha seguido los principios generales que rigen el Derecho de marcas y el Derecho de Competencia Desleal, es decir, exigen, para dictar sentencia condenatoria la prueba de un uso del signo en el tráfico económico

⁵⁰ En este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia nº 23/2001 (Sección 4ª) de 5 de enero (RJ 2001/68) consideró que para poder justificar el registro de un nombre de dominio deberá acreditar ser el autor intelectual tanto de la denominación en cuestión como del proyecto en el que el mismo se enmarque, siempre que se susceptible de protección por medio de los derechos que otorga la LPI.

⁵¹ En la red puede encontrarse recopilaciones de la jurisprudencia de diversos Estados en relación con el problema: Estados Unidos, cabe destacar, www.jmls.edu y www.patents.com. España www.dominirius.com y además www.domainhand-book.com.

⁵² Resuelto por el Juzgado de Primera Instancia nº13 de Bilbao, mediante sentencia de 28 de septiembre de 1999

y una violación del derecho de marca o bien una finalidad concurrencial y una conducta desleal.

El estudio jurisprudencia se refiere a los problemas de conflicto en el ámbito de dominios que ya hemos explicado en el Capítulo II de esta obra. A continuación los estudiaremos con más detalle.

4.1 REGISTRO DE UN NOMBRE DE DOMINIO, O SU REGISTRO ACOMPAÑADO DE UN USO NO COMERCIAL

No ha constituido ningún obstáculo para la jurisprudencia el hecho de que el titular del nombre de dominio registrado de mala fe no haya hecho aparentemente uso comercial alguno de él. Por lo general, cuando los tribunales han alcanzado el convencimiento de que el demandado ha registrado el nombre de dominio de mala fe y con ánimo de lucro, para vender el dominio al titular de la marca o a un tercero, han considerado que el mismo registro acompañado de una oferta de venta, es ya un uso del signo en el tráfico económico, y han aplicado la legislación sobre las marcas. Esta conclusión ha sido alcanzada por los tribunales de Estados Unidos en la sentencia sobre el caso *Panavision*⁵³, en la que se declaró que la práctica descrita era una “comercial use” del signo y diluía la marca famosa.

Más difícil es la fundamentación de estas sentencias, cuando el titular del nombre de dominio se limita a registrarlo de mala fe, sin hacer uso alguno de él, y sin ofrecerlo en venta a terceros, esperando, quizás, a la oferta del titular de la marca notoria. En realidad, si la mala fe se pudiera probar, podría argumentarse que el registro con la exclusiva finalidad de obtener una oferta de compra del titular de la marca o del nombre comercial, ya sean notorios o no notorios, constituye una conducta con finalidad obstructiva y por tanto, con finalidad concurrencial, y en España estaría prohibido en base al art. 5 de la LCD, no por la legislación marcaria, pues no hay un uso en el tráfico económico para distinguir productos o servicios.

Sin embargo, queda un gran problema por resolver, como es el registro de un nombre de dominio de buena fe o su registro, también, de buena fe acompañado de un uso no comercial, cuando dicho nombre de dominio sea coincidente con un signo distintivo no notorio, a diferencia de otros supuestos, como el de el registro de un nombre de dominio con la única finalidad de

⁵³ *Panavision International, L.P v. Toeppen*, 945 F. Supp 1296. U.S. 9th Circuit Court of Appeals, n° 9755467.

enajenarlo al titular de la marca o del nombre comercial, tal conducta, como ya hemos dicho, tendría una finalidad obstructiva y por tanto concurrencial, y estaría prohibida en un principio en base al art. 5 de la LCD. En estos casos en los que no concurre mala fe, podrá darse una finalidad no concurrencial que justifique, de tal forma, el registro del nombre de dominio. Como fue el ejemplo de “ajax.org”, registrado de buena fe con finalidad no concurrencial⁵⁴.

Por desgracia, en estos casos, la jurisprudencia no es unánime, y en algunas ocasiones, se ha exagerado en la protección del titular de la marca frente a actuaciones realizadas de mala fe sin finalidad concurrencial.

4.2 TITULAR DE UN NOMBRE DE DOMINIO QUE LO ES TAMBIÉN DE OTRO SIGNO COINCIDENTE, PROTEGIDO EN EL MISMO ORDENAMIENTO

En primer lugar, debemos tener en cuenta, que presentan graves dificultades las controversias entre el titular de un nombre de dominio coincidente con su nombre y apellidos y el titular de otro signo distintivo igualmente coincidente. En estos casos, el signo en conflicto no suele ser usado como un título de marca para los mismos bienes y servicios distinguidos por ésta, ya que, si no, sería necesario proteger al titular de ésta. En estos procesos, el debate se centra, como no podía ser de otra manera en la existencia o no de mala fe, acompañada de ánimo obstructivo y, por tanto, concurrencial por parte de quién registró el nombre de dominio. No podemos olvidar que en nuestro Derecho de marcas, el derecho al uso en el tráfico económico del propio nombre completo coincidente con una marca registrada es lícito, aunque, como no puede ser de otra manera, sólo es posible si se hace de buena fe, no podemos decir, que baste sólo con este requisito, por supuesto, también se exige que el uso no se haga “a título de marca”, tal y como expone el art. 37 a) de la LM⁵⁵.

Las controversias relativas a conflictos entre otros signos protegidos en el mismo ordenamiento, por ejemplo, conflictos entre dos marcas, entre una marca y un nombre comercial etc., uno de los cuales coincide con un nombre

⁵⁴ Este conflicto enfrentó a la multinacional Colgate - Palmolive, que alegaba dilución de una de sus marcas notorias (“ajax”) con los titulares de una web site sin ánimo de lucro. CARBAJO CASCÓN, *Conflictos...cit.*, nota 77.

⁵⁵ Existe un precedente discordante, que solo puede explicarse por las particularidades del Derecho alemán, en la que se declaró que el derecho al uso del nombre y apellidos debía ceder ante el titular de una marca notoria. Asunto Krupp (OLG Hamm, 13.01.1998 - 4 U 135/97, NJW - Computerreport 1998, p. 174).

de dominio, la jurisprudencia acaba resolviendo estos conflictos aplicando las mismas reglas que se regirían las relaciones entre estos signos fuera de Internet. Por ejemplo, en España el caso Nexus⁵⁶, en este caso se planteó la cuestión como un conflicto entre signos distintivos protegidos coincidentes, haciendo exclusión al nombre de dominio. Sin embargo, cuando ocurrió lo contrario, caso Krupp antes citado, se privó al demandado de su nombre de dominio. Debemos tener en cuenta, que en el ordenamiento español, la buena fe es el principio que preside la solución de conflictos, como es sabido, la buena fe se presume y corresponde a la parte contraria probar la mala fe.

Otro tipo de controversias que también se solucionan en la jurisprudencia a través de los principios generales que rigen en el ordenamiento interno es la que enfrenta a los titulares de una marca con licenciatarios de ésta o con revendedores de los productos distinguidos por ella, cuando éstos la registran como nombres de dominio, es por ejemplo el caso de Sony⁵⁷.

Por último, debemos tener en cuenta, los supuestos de coincidencia sólo parcial que habrán de resolverse con arreglo a los principios que presiden el Derecho de marcas, atendiendo a la existencia de un riesgo de confusión o asociación en el público, o a la posibilidad de dilución del signo notorio. Cuando no media la mala fe, estos riesgos pueden reducirse mediante la inclusión de las oportunas advertencias en la *web site*.

4.3 TITULAR DEL NOMBRE DE DOMINIO QUE LO ES TAMBIÉN DE OTRO SIGNO COINCIDENTE PROTEGIDO EN DISTINTO ORDENAMIENTO, O DESARROLLA LÍCITAMENTE SU ACTIVIDAD FUERA DEL TERRITORIO ESPAÑOL

En este apartado vamos a estudiar los problemas que suscitan los nombres de dominio registrados de buena fe, cuyo titular lo es también de otro signo coincidente protegido en un ordenamiento diferente del español o que desarrolla de forma lícita su actividad fuera del territorio español, cuando esos nombres de dominio son coincidentes con marcas españolas o cuando el uso de tales signos podría considerarse desleal en España.

⁵⁶ Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, nº 36, de 26 de junio de 1998. Puede consultarse en la pagina web www.dominiuris.com.

⁵⁷ En el asunto Sony, la sociedad Alifax tenía derecho a utilizar la marca Sony para la reventa de los productos adquiridos al titular de la marca y, por tanto, en régimen de agotamiento del derecho de marca, pero no, según declaró el Tribunal, a registrar el nombre de dominio "sony.com".

Algunas de las primeras resoluciones judiciales, que finalmente no fueron acogidos por la doctrina, extendieron la protección de la marca nacional frente a los titulares de marcas extranjeras que las utilizaban como nombres de dominio para su actividad comercial limitando el ámbito territorial de estas últimas, por el simple hecho de que los sitios web eran accesibles desde el territorio nacional. Estas resoluciones ponen en peligro el desarrollo de la Sociedad de Información, en la medida en que imposibilita inversiones importantes de buena fe en cualquier nombre de dominio, pues no parece posible descartar la posibilidad de que existiera una marca no notoria coincidente registrada en cualquier otro ordenamiento.

En cuanto a los supuestos de coincidencias sólo parciales, nos remitimos a lo anteriormente expuesto en el apartado segundo bajo la rúbrica "4.2. Titular de un nombre de dominio que lo es también de otro signo coincidente, protegido en el mismo ordenamiento"⁵⁸.

4.4 LA UTILIZACIÓN DE UN DOMINIO PUEDE CONSIDERARSE PUBLICIDAD. STJUE 11 DE JULIO DE 2013

Los dominios pueden considerarse una forma de hacer publicidad, al respecto debemos tener en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2013⁵⁹. Esta sentencia analiza el supuesto de hecho siguiente: Belgian Electronic Sorting Technology NV («BEST») y Visys NV («Visys»), son sociedades que operan en el sector de la fabricación y venta de sistemas de clasificación con tecnología láser. El Sr. Peelaers, socio fundador de Visys y primer demandado en el litigio principal, registró el nombre de dominio www.bestlasersorter.com, al que corresponde un sitio de Internet cuyo contenido es, al igual que el sitio de Internet que corresponde al nombre de dominio www.lasersorter.com, idéntico al de los sitios que Visys ya había utilizado anteriormente con los nombres de dominio www.visys.be y www.visysglobal.be. BEST presentó ante la Oficina de Marcas del Benelux una marca figurativa constituida por el término «BEST». Un agente judicial comprobó que, al introducir en el buscador del sitio www.google.be los términos de búsqueda «Best Laser Sorter», aparecía como segundo resultado, justo después del sitio Internet de BEST, un vínculo al sitio Internet de Visys y que ésta utilizaba como metatags (palabras codificadas en el código fuente de

⁵⁸ Ver apartado 4.2 *Titular de un nombre de dominio que lo es también de otro signo coincidente, protegido en el mismo ordenamiento*. De esta misma obra.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de julio de 2013.

un sitio de Internet en sus sitios web, no visibles en la página web y que sirven para describir el contenido de ésta), que se referían a la identidad de BEST o que se correspondían con nombres de productos que esta empresa comercializa. Best consideró que el registro y la utilización del nombre de dominio *www.bestlasersorter.com*, así como el uso de esos metatags, vulneraban su marca l y constituían una infracción de las disposiciones en materia de publicidad engañosa y publicidad comparativa.

Partiendo de este supuesto de hecho, El TJUE recuerda que la definición de «publicidad» que se recoge en las directivas UE, es especialmente amplia, no se limita a las formas de publicidad clásica y persigue el objetivo de evitar que perjudique tanto a los consumidores como a los comerciantes y distorsione la competencia dentro del mercado interior. En primer lugar, respecto al registro de un nombre de dominio, el TJUE establece que éste es un mero acto formal mediante el cual se solicita al organismo designado para la gestión de los nombres de dominio que haga constar, por una contraprestación, ese nombre de dominio en su base de datos y que dirija a los usuarios de Internet que lo tecleen exclusivamente a la dirección IP indicada por el titular de tal nombre de dominio. El mero registro de un nombre de dominio no supone, que ése vaya a utilizarse en efecto posteriormente para crear un sitio de Internet y por tanto no entra en el concepto de «publicidad». Sin embargo, el uso de un nombre de dominio, como el controvertido, constituye una forma de comunicación que se dirige a los consumidores potenciales y les sugiere que, con ese nombre, encontrarán un sitio de Internet en relación con tales productos o servicios o incluso con la pertinente sociedad. Respecto a los indicadores de hipertexto formados por palabras clave («keyword metatags»), que remiten a las denominaciones de los productos de un competidor y al nombre comercial de éste, cuando un usuario de Internet busque productos de ese competidor. Tal uso de indicadores de hipertexto constituye una estrategia de promoción por cuanto su objetivo es estimular al usuario de Internet para que visite el sitio del usuario y se interese en los productos o en los servicios de éste y por tanto una forma de «publicidad».

CONCLUSIONES

Internet es una manifestación de carácter técnico social y económico que está transformando el mundo, tal es su magnitud que se calcula que es utilizada por mas de 200.000.000 millones de personas. Técnicamente es un conjunto de redes enlazadas entre si, comúnmente se conoce como “superautopista

de la información” ya que a través de ella se encuentran ordenadores que la almacenan.

Los nombres de dominio cuentan con un carácter individualizador y evocativo de los signos distintivos, circunstancia que puede ocasionar conflictos con la exclusividad de los signos distintivos. Además se erigen como vehículo de penetración en mercados, bajo características patrimoniales y de acceso público comunes a los signos distintivos. No obstante, si reflexionamos sobre la naturaleza de los nombres de dominio y de los signos distintivos debe tenerse en cuenta el desarrollo de estos, no podemos dejar al margen, que los principios de propiedad de los signos distintivos en los nombres de dominio no se cumplen, como son, el principio de tipicidad, de territorialidad y de especialidad.

En conclusión, podemos afirmar que los nombres de dominio son expresiones de signos distintivos dependiendo del uso que se haga del sitio web en Internet que identifique y que por ser creaciones del intelecto, se adquiere sobre ellos la propiedad a partir del contrato de registro del nombre de dominio, momento desde el cual se lleva al patrimonio de su titular un activo que, luego de haberse registrado, le otorga una especie de exclusividad en lo que respecta a Internet y una facultad para exigir su respecto desde su primer uso, sin perjuicio que puedan ser registrados como marcas.

Ahora bien, el registro de un nombre de dominio puede violar los derechos de propiedad industrial conferidos a un tercero, ya sea porque comporta una usurpación del signo distintivo o porque provoca en el mercado una confusión que pueda dar lugar a actos de competencia desleal.

En referencia a la propiedad industrial, en el caso de que el signo distintivo sea notorio, es imposible para el titular del nombre de dominio gozar del interés legítimo y en consecuencia deberá cancelar. En los demás casos, verificado el interés legítimo del titular del nombre de dominio, no podrá ordenarse su cancelación.

Así pues, hasta el momento, el tratamiento de la cuestión ha sido bastante tímido, aunque cada vez más se ha ido tratando el tema, dándose acercamientos parciales que, si bien ofrecen una regulación sobre diferentes aspectos jurídicos propios de los nombres de dominio, no constituyen por el momento una respuesta legal satisfactoria a esta cuestión.

De este modo, no cabe sino concluir que actualmente los nombres de dominios constituyen unos signos distintivos *sui generis*, sin un reconocimiento jurídico propio definido. De este modo, en ciertos casos los nombres de dominio

pueden ser «atraídos» por la esfera jurídica de otros signos distintivos legalmente reconocidos. También cabe indicar que los nombres de dominio constituyen entes jurídicamente independientes de los signos distintivos típicos, de modo que cualquier disposición sobre los derechos referidos a tales signos no deberá considerarse automáticamente extensible a los correspondientes nombres de dominio.

Tal y como se ha indicado a lo largo del presente trabajo, la falta de posicionamiento del ordenamiento español respecto a esta cuestión impide o dificulta sobremanera una adecuada gestión legal de los nombres de dominio por parte de sus titulares, además de privarles de la seguridad jurídica mínima exigible.

BIBLIOGRAFIA

CARBAJON CASCÓN, FERNANDO Conflictos entre Signos Distintivos y Nombres de Dominio. 2ª Edición. Aranzadi 2002.

GARCÍA VIDAL, ANGEL Marcas y nombres de dominio en Internet. Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor, 1997.

LACRUZ BERDEJO, JOSE LUIS Y OTROS. Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Volumen 1, 3ª Edición, Editorial José Mª Bosch.

LEMA DEVESA, CARLOS y GARCIA VIDAL, ANGEL Problemas de Derecho de Marcas en Internet, Informática y Derecho. Revista jurídica iberoamericana, 1999.

MANRESA Y NAVARRO, JOSE MARIA Y OTROS. Comentarios al Código Civil Español Editorial Reus, 1972.

MASSAGUER JOSÉ, Conflictos de Marcas en Internet, En Revista General de Derecho, nº 648, 1998. También en Themis Revista de Derecho, nº 39, 1999.

_____. Comentario a la Ley de Competencia Desleal, Editorial Civitas, 1999.

MONTIANO MONTEAGUADO MONEDERO, La protección de la marca renombrada, Editorial Civitas.

TORRE DE SILVA Y LOPEZ LETONA, J. Internet, propiedad industrial y competencia desleal, Editorial: Centro de Estudios Constitucionales.

COMENTÁRIOS À POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO INTEGRAL DE GASTOS COM EDUCAÇÃO NA DECLARAÇÃO DE IMPOSTO SOBRE A RENDA PESSOA FÍSICA

COMMENTS ON THE POSSIBILITY OF FULL DEDUCTION OF EDUCATION EXPENDITURES IN THE STATEMENT OF INCOME TAX

Eduardo Muxfeldt Bazzanella¹
Advogado

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo analisar a decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região no tocante à possibilidade de dedução integral de gastos com educação na declaração de imposto de renda pessoa física, declarando inconstitucional a expressão “até o limite individual de R\$ 1.700,00” contida no art. 8º, II, *b*, da Lei nº 9.250/1995. A partir da análise da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais contidas na Constituição Federal e do princípio da máxima efetividade apontada por Canotilho, discorre-se sobre a dupla dimensão dos direitos sociais e as suas perspectivas subjetiva e objetiva. Não desconsiderando a limitação econômica dos direitos a prestações

sociais, sustenta-se que o direito social à educação apresenta normas plenamente eficazes e imediatamente aplicáveis a sua concretização, vinculado à Declaração Universal dos Direitos Humanos e ao Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC. O conceito de renda para efeitos de tributação não pode abarcar os gastos com educação – dever do Estado –, que, na sua impossibilidade de desempenho público satisfatório, permite a exploração da atividade pela iniciativa privada, onde o pagamento de mensalidades, se não deduzido, restringe ainda mais o acesso à educação, contrariando o comando constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos sociais; dedução integral; gastos; educação.

¹ Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, Mestrando da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUC, na área de Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the decision of the Federal Regional Court of the 3rd Region regarding the possibility of full itemized deduction on education in the declaration of personal income tax, declaring unconstitutional the phrase “to the individual limit of R\$ 1.700,00” contained in article 8, II, b, of Law nº 9.250/1995. From the analysis of the immediate applicability of the rules of fundamental rights contained in the Constitution and the principle of maximum effectiveness pointed by Canotilho it talks about the double dimension of social rights and their subjective and objective perspectives. Without ignoring the economic limitation of rights to social benefits is argued that the social right to education presents fully effective and immediately applicable to their achievement standards, linked to the Universal Declaration of Human Rights and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – ICESCR. The concept of income for tax purposes cannot embrace education spending – state duty – which in its impossibility of satisfying public performance, allows exploration activity by the private sector, where the payment of monthly fees, if not even less restricted more access to education, contradicting the Constitutional command.*

KEYWORDS: *Social rights; itemized deduction; expenditure; education.*

SUMÁRIO: Introdução; Direito à educação e dedução de gastos; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; Right to education and spend deduction; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O caso em análise trata da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0005067-86.2002.4.03.6100/SP, julgada pelo Órgão Pleno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em 28 de março de 2002, em sede de apelação em mandado de segurança, cuja ação visa a garantir o direito à dedução integral dos gastos com educação na Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda Pessoa Física do ano-base de 2001.

O impetrante ingressou com mandado de segurança questionando as limitações impostas pelos arts. 8º, II, *b*, da Lei nº 9.250/1995²; art. 1º,

² “Art. 8º A base de cálculo do imposto devido no ano-calendário será a diferença entre as somas:
I – de todos os rendimentos percebidos durante o ano calendário, exceto os isentos, os não-tributáveis, os tributáveis exclusivamente na fonte e os sujeitos a tributação definitiva.
II – das deduções relativas:
[...]
b) a pagamentos efetuados a estabelecimentos de ensino relativamente à educação pré-escolar, de 1º, 2º, e 3º graus, cursos de especialização ou profissionalizantes do contribuinte e de seus dependentes, até o limite individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais);
[...].”

caput, da Instrução Normativa nº 65/1996 e o art. 81, *caput* e § 1º, do Decreto nº 3.000/1999³, fundamentando que as normas conflitavam com os arts. 43 e 44 do Código Tributário Nacional e violavam os arts. 6º, 23, V, 145, § 1º, 153, III, e 205 da Constituição Federal.

No juízo de primeiro grau houve a denegação da segurança, sendo que no Tribunal foi suscitada a arguição de inconstitucionalidade a fim de aferir a conformidade do dispositivo que impõe valor limite a ser dedutível da base de cálculo do imposto de renda.

O Plenário do Tribunal Federal da 3ª Região, por maioria, declarou a inconstitucionalidade da expressão “até o limite anual individual de R\$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais)” contida no art. 8º, II, *b*, da Lei nº 9.250/1995. Quanto ao mérito da questão, a Desembargadora Relatora Mairan Maia fixou premissa de que o direito à educação foi alçado à categoria de direito social fundamental pela Constituição Federal de 1988, consoante o art. 6º da Carta da República, contando, ainda, com o reforço do compromisso do constituinte pelo art. 7º, IV, sendo que o art. 23, V, define a “competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios proporcionar os meios de acesso à cultura, educação e à ciência”. Reforça, ainda, que o art. 205 da CF direciona ao Estado, à família e à sociedade a garantia da educação, cidadania e qualificação para o trabalho, bem como o art. 208 da Carta Magna, consigna a obrigatoriedade e a gratuidade do ensino fundamental e médio em estabelecimentos oficiais; norma essa derivativa do art. 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, subscrita pelo país e que elenca, entre outras prioridades, a educação gratuita ao ensino elementar fundamental.

Ressalta que, apesar de a educação ser direito de todos e dever do Estado, diante da dificuldade de garantir a todos a efetiva prestação do ensino gratuito em estabelecimentos, permitiu-se a exploração da atividade pela iniciativa privada, atendidos os requisitos do art. 209 da Constituição Federal. Obviamente, para frequentar as instituições particulares, há que se submeter a contraprestação pelos serviços educacionais por meio do pagamento das mensalidades e demais despesas inerentes ao ensino. Por outro lado, a legislação possibilita aqueles que utilizam a rede privada de ensino a dedução das despesas realizadas por meio da técnica de abatimento dos gastos com educação da base de cálculo do imposto de renda da pessoa física.

³ Tanto a instrução normativa quanto o decreto de certa forma reproduzem a norma anteriormente referida.

Nos termos do voto da Relatora, embora permitido o abatimento das despesas, a legislação infraconstitucional determina um limite para essa finalidade desprovido de qualquer justificativa lógica, econômica ou jurídica, sem considerar a essencialidade da atividade educacional, tampouco o efetivo custo quando transferido ao particular. Nessa esteira, sustenta que os arts. 205 e 208 da Constituição prescrevem o dever jurídico do Estado de ofertar educação como categoria de direito público subjetivo dos cidadãos, tal qual estabelecido pelo constituinte originário no tocante à saúde, exigindo mecanismos para a sua efetiva concretização.

Quanto a uma eventual vocação programática dos preceitos constitucionais quanto à educação, invoca a Relatora o art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais. Ainda, menciona que os direitos sociais, comumente designados de segunda geração, tem, via de regra, atuação positiva do Estado, mas não conflitam com os direitos de outras gerações; pelo contrário, se complementam e interpenetram reciprocamente, sendo que é perceptível que em determinados direitos sociais há a necessidade de uma atuação negativa, um *non facere* estatal. Traz como exemplo o art. 150, VI, c, da CF, que proíbe os entes políticos de instituírem impostos sobre instituições de educação, atendidos requisitos definidos em lei. Dessa forma, a imposição de abatimento de quantias gastas na efetivação do direito à educação produziria um efeito inverso, obstaculizando o exercício desses direitos. Tal política de dedução não se confundiria com benefício concedido pelo Estado aos contribuintes, mas sim medida concretizadora dos objetivos primordiais da Carta Magna, não sendo mera matéria submetida aos critérios de opção política do Congresso Nacional. Nessa toada, não se sujeitaria aos arbítrios do legislador, ou aos critérios de conveniência e oportunidade do Executivo, pois caberia apenas ampliar o seu alcance, jamais reduzi-lo ou suprimi-lo.

Convoca Canotilho para destacar a influência do princípio da máxima efetividade da Constituição, para que seja dado o sentido de maior eficácia na interpretação da norma constitucional. Nesse sentido, a limitação de valores para a dedução dos gastos com educação por intermédio de norma infraconstitucional obstaculiza o alcance ao direito fundamental social em tela.

No tocante aos conceitos para alcance da norma tributária, considera o termo “proventos de qualquer natureza” como espécie, na qual o vocábulo “renda” constitui gênero, este qual não é apresentado de forma expressa na Constituição Federal. Para tanto, um conceito constitucional implícito na ideia

de *acréscimo patrimonial* está presente no texto constitucional, não sendo possível ao legislador ordinário efetuar uma delimitação do conceito de renda. Nesse contexto, o conceito de renda, ou seja, acréscimo patrimonial, para fins de tributação, deve levar em conta somente aqueles valores remanescentes após as deduções relacionadas às despesas com o atendimento das necessidades básicas da pessoa.

Ainda, reporta o princípio da capacidade contributiva como postulado informador da tributação por meio de impostos que, na sua dimensão objetiva, traduziria uma manifestação de riqueza e na sua dimensão subjetiva referir-se-ia a um sujeito individualmente considerado, concluindo que seria o conceito uma aptidão concreta de cada indivíduo suportar a tributação. Esse princípio seria dotado de aplicabilidade imediata e eficácia plena. Por fim, menciona que a norma impugnada guarda patente contradição, pois, apesar de reconhecer a não tributabilidade das despesas com educação, estabelece ínfimo limite de dedução, restringindo ainda mais o acesso à população de menor poder aquisitivo ao ensino particular, referindo, ainda, que uma norma de mesma razão – a dedução de gastos com saúde – não possui limitação.

Como voto contrário, o Desembargador Baptista Pereira argumentou no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de fragmento de norma seria uma atuação anômala do Poder Judiciário – tal qual legislador positivo –, usurpando competência de outro Poder. A possibilidade de declaração de fragmento de norma somente poderia ser utilizado quando um único dispositivo pudesse ser decomposto em mais de uma norma, de tal forma que retirar o limite de dedução das despesas com educação seria retirar justamente o núcleo condicionante da norma afeto a progressividade do imposto sobre a renda. Por fim, diz que a norma cuida de efetivar o princípio à progressividade do imposto de renda e que nem todas as despesas foram admitidas pelo legislador como dedutíveis.

DIREITO À EDUCAÇÃO E DEDUÇÃO DE GASTOS

Apesar de o Estado brasileiro possuir uma pesada herança histórica de exploração econômica e exclusão social, ocorreram avanços com relação aos direitos sociais. Todavia, uma deficiência e timidez nos esforços para melhorar os índices sociais ainda são sentidas no País. Os direitos sociais firmados pela Constituição de 1988 deixaram de ser miragens, mas padecem ainda de

insuficiência e falta de efetividade, demandando um Poder Judiciário mais acessível e responsivo às demandas sociais⁴.

No tocante à aplicabilidade imediata das normas de direitos e garantias fundamentais, enfatiza Ingo W. Sarlet que o § 1º do art. 5º da Constituição Federal indica a força jurídica privilegiada no regime jurídico-constitucional dos direitos fundamentais⁵. Tal dispositivo é inaugurado pela Constituição Federal de 1988 e em termos gerais a doutrina e jurisprudência reconhecem o mandamento de imediata aplicabilidade de todas as normas de direitos fundamentais, e não somente os direitos individuais constantes no art. 5º. Ademais, a Carta Magna não estabeleceu distinção expressa entre as dimensões dos direitos fundamentais de liberdade e sociais; diferentemente, por exemplo, do constituinte português. Todavia, apesar de as normas de direitos fundamentais estarem sujeitas ao mesmo regime jurídico, não significa que não sofram dificuldade em produzir efeitos plenos, em razão da necessidade de interposição legislativa infraconstitucional. Podem, dessa forma, estar expostas a eventuais delimitações. Por outro lado, essa dificuldade não impede alguma possibilidade de aplicação, implicando na inconstitucionalidade de normas que contrariem os delineamentos constitucionais. Ainda, a ausência de legislação não pode ser impeditivo à aplicabilidade da norma. Deve, sim, que a Administração atribua uma máxima eficácia e efetividade possível às normas fundamentais⁶.

Nessa esteira, remontando a citação pelo voto condutor do princípio da máxima efetividade da Constituição referenciado por J. J. Gomes Canotilho, na qual atribui à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê, cumpre inferir que o princípio se encontra entre os tópicos de interpretação constitucional auxiliares da tarefa interpretativa, cujos pontos devem ser: i) de relevância para a decisão do problema prático; ii) de articulação do direito constitucional formal e material, bem como dos princípios jurídico-funcionais e jurídico-materiais; e iii) com operacionabilidade prática⁷.

⁴ CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direitos sociais e Justiça. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 327.

⁶ Op. cit., p. 327-329.

⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1223-1224.

Para efeitos de compreensão do caminho traçado pela distinção dos direitos humanos e fundamentais como regra geral, os direitos de cunho econômico, sociais e culturais (ou de segunda dimensão) diferenciam-se dos direitos do indivíduo frente ao Estado (de primeira dimensão), pois, diferentemente destes, que enunciam uma abstenção de atividade do Estado frente ao particular, aqueles – na qual se insere o direito à educação – compreendem uma feição preponderantemente positiva, unida por uma ideia de igualdade material⁸. Ademais, no sistema constitucional brasileiro a qualificação de um direito como fundamental traz uma dupla particularidade: a fundamentalidade formal (atribuição da hierarquia normativa correspondente ao direito fundamental pelo próprio constituinte)⁹ e material (relevância daquele bem jurídico na perspectiva de opções do legislador originário)¹⁰.

Em se tratando de direitos sociais, críticas são tecidas quanto à argumentação de que são meros direitos de segunda ordem, dependentes de uma economia forte ou que os custos sociais superam os recursos orçamentários. A democratização do Estado Liberal pressupõe a necessária realização dos direitos sociais; a alocação dos recursos aos direitos de segunda dimensão decorre de vontade política que se expressa no Estado Democrático de Direito; e a necessidade de fundamentação racional e ética para justificar e legitimar o investimento público, mormente na proteção da dignidade humana, erige à igualdade o critério aferidor da universalidade¹¹. Tadeu Weber salienta que a realização jurídica de um “mínimo existencial” está intrinsecamente ligada à realização de direitos fundamentais sociais, ou seja, a representação da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana¹². Nos dizeres de Vicente de Paulo Barreto:

⁸ *Curso de direito constitucional*, p. 272-280.

⁹ Pontua-se os seguintes elementos da fundamentalidade formal: a) gozar de supremacia hierárquica, como ápice do ordenamento jurídico; b) submeter-se aos limites formais e materiais da reforma constitucional; c) ter a sua aplicabilidade direta, vinculando de forma imediata as entidades públicas e, sob ajustes, os atores privados. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, p. 281.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 76.

¹¹ BARRETO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 107-134.

¹² WEBER, Tadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013. p. 205.

Os direitos sociais derivam, em última análise, do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, através de uma linha de eticidade. Assim, constata-se que não há distinção de grau entre os direitos sociais e os direitos individuais, pois ambos são elementos de um bem maior: a dignidade da pessoa humana, que tem duas faces, conectadas, sobretudo, por sua fundamentação ética, universal, comum: a liberdade e a igualdade. É por essa razão que a eliminação das desigualdades continua sendo tarefa irrenunciável – em primeiro lugar, por razões de coerência entre um suposto ideal de igualdade e a própria ideia de democracia; em segundo lugar pela constatação de igual dignidade das pessoas, apesar das desigualdades físicas e psicológicas.¹³

Contudo, é necessário considerar, conforme salientado no acórdão, que os direitos sociais possuem uma dupla dimensão – negativa e positiva –, pois atividades que aparentam ter uma necessidade de inação do Estado, por outro lado, determinam que o mesmo Estado tome posições ativas para que essa “liberdade negativa” seja garantida. Conforme bem enfatizam Victor Abramovich e Christian Curtis:

Em síntese, a estrutura dos direitos civil e políticos pode ser caracterizada como um complexo de obrigações negativas e positivas de parte do Estado: obrigação de abster-se de atuar em certos âmbitos e de realizar uma série de funções, com o efeito de garantir o gozo da autonomia individual e impedir que seja afetada por outros particulares. Dada a coincidência histórica dessa série de funções positivas com a definição do Estado liberal moderno, a caracterização dos direitos civis e políticos tende a “neutralizar” esta atividade estatal e por ênfase nos limites de sua atuação.¹⁴

¹³ Op. cit., p. 131.

¹⁴ ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011. p. 33.

Há, também, que salientar as perspectivas subjetiva e objetiva dos direitos sociais. Enquanto a primeira diz respeito à possibilidade de eles serem exigíveis em juízo, sob forma de direitos subjetivos, a segunda trata do liame desses direitos com os fins constitucionais a serem concretizados pela sociedade¹⁵.

Sem embargo, aos direitos sociais são conferidos os poderes de aplicação imediata de que trata o § 1º do art. 5º da Carta Magna, ainda que o alcance de cada direito deva ser sopesado com a sua densidade normativa e à luz de outros cânones normativos¹⁶.

Não se deve deixar de levar em consideração que os direitos a prestações sociais possam ter uma limitação econômica, ou reserva do possível, cuja efetivação dependeria de três dimensões: i) real disponibilidade fática de recursos; ii) disponibilidade jurídica de recursos materiais e humanos; e iii) a proporcionalidade da prestação quanto à sua exigibilidade e razoabilidade, no que concerne à perspectiva do titular do direito¹⁷.

Porém, há parâmetros dos direitos sociais que são reconhecidos como necessários a uma vida digna: saúde, habitação e educação significam garantir não só uma sobrevivência física, mas sim o desenvolvimento da personalidade como um todo¹⁸. Dentro da reserva do possível, portanto, caberá ao Judiciário exigir da Administração Pública as razões pelas quais está impossibilitado a promover determinado direito social, bem como quais condutas irá adotar para conseguir cumprir essa exigência no futuro¹⁹.

Justamente, o direito fundamental social à educação está expresso no art. 6º da Constituição Federal, em conjunto com uma gama de direitos sociais, tendo sido detalhado em capítulo próprio, apresentando normas plenamente eficazes e imediatamente aplicáveis à concretização desse direito fundamental.

O constituinte considerou que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo, exigível judicialmente se não prestado de forma espontânea. Garantiu à educação uma categoria de serviço público essencial que ao Poder

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentários ao artigo 6º da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 541.

¹⁶ Op. cit., p. 543.

¹⁷ Idem, p. 545.

¹⁸ WEBER, Tadeu. Op. cit., p. 208.

¹⁹ CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 193.

Público deve alcançar a todos. De outro lado, a preferência pelo ensino público é regra, e a iniciativa privada, embora livre, é secundária e condicionada²⁰. Lembra Marcos Augusto Maliska que a gratuidade de ensino pode ser entendida com um sentido mais amplo, compreendendo a abstenção de pagamento de mensalidade e de quaisquer despesas, como também uma prestação por parte do Estado²¹.

Apesar disso, a educação apresenta graus de desigualdade, de modo que reputamos correta a análise de que o Estado não consegue desempenhar a atividade de educação de forma satisfatória, conforme atestam propriamente os documentos oficiais, indicando uma superioridade latente do ensino privado:

[...] os poucos melhores posicionados na hierarquia socioeconômica estão na escola privada... [...] o grande desafio então é avançar na direção de garanti-lo [formação integral do estudante] como direito igualitário de todos de forma pública, gratuita, laica e com qualidade socialmente referenciada, sob a responsabilidade do estado, o que inclui o seu financiamento [...].²²

Em um plano supranacional, além da vinculação do Brasil com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, especificamente citado o compromisso com o direito à instrução (artigo XXVI), o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – PIDESC, ratificado no ano de 1992, tratando da realização progressiva de tais direitos, de modo que isso implica no princípio da proibição do retrocesso social²³. Canotilho formula o conceito da proibição de retrocesso como

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei de

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 184-185.

²¹ MALISKA, Marcos Augusto. Comentários ao artigo 207 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo. W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1968.

²² BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Básica. Formação de professores do ensino médio, etapa I, caderno I: ensino médio e formação humana integral, Curitiba: UFPR/Setor de Educação, 2013. p. 32-33.

²³ PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 247.

segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples do núcleo essencial.²⁴

Dessa forma, como concluem Abramovich e Curtis:

Ainda que se possa conceder a existência de limitações à judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais, cabe concluir no sentido exatamente inverso: dada sua complexa estrutura, não existe direito econômico, social ou cultural que não apresente *ao menos alguma* característica ou faceta que permita sua exigibilidade judicial em caso de violação.²⁵

Todavia, é importante sempre ter em mente que não se pode encarar a proibição de retrocesso como uma regra geral de cunho absoluto, sob pena de oferecer uma transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, sobretudo quanto à instabilidade e variabilidade da capacidade prestacional do Estado e da sociedade²⁶.

No tocante à imunidade, especialmente prevista pelo legislador constitucional originário do art. 150, VI, *c*, da Constituição, trata-se de uma limitação à capacidade de tributação. Estabelece que a pessoa política não exerça a tributação sobre certos fatos ou situações, para resguardar princípios ou postulados que o legislador consagra como básicos do regime político. No caso das entidades de educação, a proteção da execução de direitos fundamentais que seriam obrigação primordial o Estado, mas que também são de exploração por agentes privados, no sentido de não onerar atividades que gerem benefícios diretos à sociedade²⁷.

²⁴ Op. cit., p. 339.

²⁵ *Direitos sociais são exigíveis*, p. 58, grifo no original.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. *Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, v. 32, n. 1, p. 40-42, jun. 2006.

²⁷ ANDRADE, Rita de Cássia. Imunidades tributárias como forma de limitação do poder de tributar e como medida de garantia de princípios fundamentais. *Revista Magister de Direito Tributário e Finanças*

Mesmo que não se repute a imunidade direcionada às entidades prestadoras de serviço de educação como princípio fundamental em si mesmo, mas sim decorrência de uma condição de cláusula pétrea derivada das garantias fundamentais sociais²⁸ e concretizada no art. 150, VI, *c*, temos como acertada a conclusão de que não há possibilidade de sujeição ao arbítrio do legislador ou da existência de critérios de conveniência e oportunidade do Executivo tendentes a suprimir a diretriz de imunidade como facilitador do acesso a ensino de qualidade. A imposição de limite de dedução direciona para a minimização dos gastos, prejudicando a redução da desigualdade entre órgãos de ensino. Ademais, “sendo a imunidade uma vedação ao poder de tributar, não pode significar ‘renúncia de receita’, porque não há renúncia de tributo por parte de que não tem o direito de tributar”²⁹.

No que importa a renda, como efetivamente salientado pelo acórdão, a sua definição não está explicitamente descrita na Constituição Federal, apesar de ser possível extrair o seu conceito em uma análise sistemática das normas fundamentais. Humberto Ávila³⁰ delimita o conceito através da análise dos princípios e postulados (princípios materiais e deveres de medida) e por meio das regras de competência (delimitação positiva e negativa). Sobre os princípios materiais, ressalta que a tributação restringe a esfera jurídica do homem, afetando-lhe indiretamente a dignidade e manutenção da família, de modo que, entre as alternativas de interpretação entre a relação de tensão e as finalidades, deverá ser escolhida aquela que privilegie o ser como um fim, atribuindo à dignidade a maior eficácia possível. Deriva daí a consequência prática de que somente a renda disponível da sua atividade deve ser tributada. Na linha de prestações positivas e negativas, afirma:

A preservação do direito à vida e à dignidade e da garantia dos direitos fundamentais de liberdade alicerça não apenas uma pretensão de defesa contra restrições injustificadas do Estado nesses bens jurídicos, mas

Públicas, Porto Alegre: Magister, n. 13, mar./abr. 2009.

²⁸ NICHELE, Rafael. A imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social: considerações acerca da sua condição de cláusula pétrea. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, mar. 2003.

²⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. Títulos de capitalização cuja comercialização por entidades de assistência social sem fins lucrativos tem os resultados, deduzidos as despesas, destinados exclusivamente a seus objetivos sociais – Imunidade tributárias das receitas – Parecer. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, Porto Alegre: Magister, n. 42, p. 96, jan./fev. 2014.

³⁰ *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

exige do Estado medidas efetivas para a proteção desses bens. O aspecto tributário dessa tarefa é a proibição de tributar o mínimo existencial do sujeito passivo.³¹

Quanto aos princípios materiais de proteção da propriedade e liberdade, as despesas necessárias à existência digna da pessoa e de sua família devem ficar livres da tributação, sob pena de aniquilação da eficácia mínima dos princípios de proteção da propriedade e liberdade em favor da tributação, vez que o conceito constitucional de renda compreende apenas o resultado líquido disponível da atividade do sujeito, onde a capacidade contributiva se manifesta³².

Oportuna colocação de Paulo Caliendo quanto à capacidade contributiva: em seu sentido objetivo significa a escolha do legislador atinentes a fatos signo-presuntivos de riqueza (indicadores de capacidade econômica); em seu sentido subjetivo, significa a repartição da carga tributária em respeito à igualdade entre os contribuintes³³. Dessa forma:

[...] tudo que produzir um agravamento da carga tributária de um contribuinte que não possuir fundamento na sua capacidade contributiva e, por outro lado, não proceder a uma vinculação lógica entre o fator de discriminação adotado será considerado desarrazoado e inconstitucional.³⁴

No tocante à afirmação, no voto vencido, de que a inconstitucionalidade de fragmentos da norma somente poderá ser declarada quando um único dispositivo possa ser decomposto em mais de uma norma, não procede. O fragmento declarado inconstitucional não retira da norma o seu sentido: o de permitir a dedução de gastos com a educação. Por outro giro, justamente a limitação de dedução de gastos, contrária à conformação constitucional, é que traz um caráter condicional à norma, que pode muito bem manter a sua funcionalidade como identificador das deduções de gastos. No que afirma Luis Guilherme Marinoni:

Quando a inconstitucionalidade não recai sobre a totalidade da lei ou quando a inconstitucionalidade de determinado dispositivo não retira a autonomia de

³¹ Op. cit., p. 17.

³² Idem, p. 18.

³³ *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*, p. 297.

³⁴ Op. cit., p. 290.

outros ou o próprio sentido ou função originalmente atribuído à lei, há necessariamente de se preservar as demais normas.³⁵

Merece crítica também a ideia de que a limitação de gasto é reflexo do princípio constitucional da progressividade do imposto de renda, pois justamente na análise de como deve ser repartida a tributação, pondera Humberto Ávila – os deveres de medida –, têm-se que para se tratar de forma desigual (ou progressiva) há que se aplicar um critério diferenciador e um fim a ser alcançado. Descortina-se a justificativa jurídica utilizada para a distinção entre os sujeitos e a finalidade que a distinção busca alcançar. A progressividade somente será utilizada como instrumento adequado à diferenciação pela capacidade contributiva, e ela depende da efetiva riqueza obtida, de modo que a limitação de dedução com gastos não leva em consideração a capacidade econômica do tributado. Quanto ao fim a ser alcançado, “as presunções legais afastam-se do dever constitucional de observância da igualdade segundo a capacidade contributiva em função de uma finalidade extrafiscal qualquer, normalmente econômica ou social”³⁶. Sabedores da dificuldade na prestação de ensino a todos e de qualidade, não é lícito deduzir uma finalidade de direcionamento de conduta a induzir o ente tributado a preferir um estabelecimento de ensino público. O limite de despesa não traz nenhuma justificativa razoável para a sua quantificação, sendo invariavelmente inferior aos gastos ordinários com educação.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, podemos verificar que o constituinte originário elencou um catálogo extenso de direitos fundamentais, na qual o direito fundamental social à educação faz parte e possui aplicabilidade imediata, expressamente consignada na Constituição como direito público subjetivo que a Administração não consegue suprir de forma satisfatória. O oferecimento da educação pela iniciativa privada, além de corolário da liberdade, auxilia na qualidade desse direito social como um todo.

Ainda que os direitos de primeira dimensão tenham como característica geral a abstenção de ação do Estado e os direitos de segunda dimensão necessitem de uma ação propositiva, ambos são passíveis de prestações positivas e negativas para a sua concretização. Ademais, a democratização pressupõe a

³⁵ *Curso de direito constitucional*, p. 1193.

³⁶ *Idem*, p. 23-28.

crescente alocação de recursos aos direitos sociais, de modo que a vinculação do Brasil a normas supranacionais demonstram a intenção e capacidade do Estado em cumprir com as obrigações assumidas. Tal linha de ação pressupõe que os objetivos sociais já alcançados não sejam alvo de retrocesso por parte do Estado.

Por outro lado, a sua efetivação não pode ser irracionalmente perseguida, tendo em vista a limitação dos recursos materiais e humanos. A reserva do possível e a proibição de retrocesso devem ser analisadas caso a caso, sob pena de imobilizar as demais políticas públicas necessárias à condução da sociedade.

No caso específico, a imposição de limite de dedução com os gastos em educação não parece se coadunar com a direção constitucional do tema. A regra de imunidade visando ao fim específico de desenvolvimento da educação traz também variantes negativas e positivas: apresenta uma defesa a restrições injustificadas do Estado e exige medidas efetivas para proteção da capacidade econômica do sujeito passivo.

A definição constitucional de renda pressupõe a exação somente sobre o excedente - manifestação de riqueza -, e não sobre os gastos efetivados, sob pena de aniquilação da eficácia mínima dos princípios de proteção. A normatização constitucional deve privilegiar o ser como um fim, atribuindo à dignidade a maior eficácia possível.

A alegação de impossibilidade de fragmentação por meio da declaração de inconstitucionalidade da norma não merece guarida, uma vez que a supressão do texto tido como inconstitucional não retira o sentido da norma. Muito pelo contrário, diante do aqui já exposto, a supressão do limite tende a permitir um acesso maior ao ensino de qualidade.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; CURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Trad. Luis Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ANDRADE, Rita de Cássia. Imunidades tributárias como forma de limitação do poder de tributar e como medida de garantia de princípios fundamentais. *Revista Magister de Direito Tributário e Finanças Públicas*, Porto Alegre: Magister, n. 13, mar./abr. 2009.

ÁVILA, Humberto. *Conceito de renda e compensação de prejuízos fiscais*. São Paulo: Malheiros, 2011.

BARRETO, Vicente de Paula. Reflexões sobre os direitos sociais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Ministério da Educação. Secretaria da Educação Básica. In: MORAES, Carmen Sylvia Vidigal et al. Formação de professores do ensino médio, etapa I – Caderno I: ensino médio e formação humana integral. Curitiba: UFPR/Setor de Educação, 2013.

CALIENDO, Paulo. *Direito tributário e análise econômica do direito: uma visão crítica*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2009.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Direitos sociais e Justiça. In: AVRITZER, Leonardo et al. (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 7. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

NICHELE, Rafael. A imunidade tributária das instituições de educação e de assistência social: considerações acerca da sua condição de cláusula pétrea. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 49, mar. 2003.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentários ao artigo 207 da Constituição Federal. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; SARLET, Ingo W. (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Títulos de capitalização cuja comercialização por entidades de assistência social sem fins lucrativos tem os resultados, deduzidos as despesas, destinados exclusivamente a seus objetivos sociais – Imunidade tributárias das receitas – Parecer. *Revista Brasileira de Direito Tributário*, Porto Alegre: Magister, n. 42, p. 81-103, jan./fev. 2014.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais. In: SARLET, Ingo W. (Org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais. *Direito & Justiça: Revista da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, v. 32, n. 1, p. 9-50, jun. 2006.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

WEBER, Tadeu. *Ética e filosofia do direito: autonomia e dignidade da pessoa humana*. Petrópolis/RJ: Vozes, 2013.

A PESQUISA COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: BREVE ANÁLISE SOBRE A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DA ADI 3510

THE EMBRYONIC STEM CELL RESEARCH: A BRIEF ANALYSIS ON THE POSITION OF THE SUPREME COURT JUDGMENT IN THE DIRECT ACTION OF UNCONSTITUTIONALITY 3510

Helen Lentz Ribeiro Bernasiuk¹

Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo a análise da posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, que tinha por fundamento a declaração de inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11.105/2005 – Lei de Biossegurança, que permite pesquisas científicas com células-tronco embrionárias.

PALAVRAS-CHAVE: Células-tronco embrionárias; pesquisa; Lei de Biossegurança; constitucionalidade.

ABSTRACT: *This study aims to analyze the position of the Supreme Court in the judgment of the Unconstitutionality Lawsuit nº 3510, filed by the General-Attorney of*

the Republic, which was founded in the declaration of unconstitutionality of Article 5 and paragraphs of Law nº 11.105/2005 – Biosafety Law, which allows scientific research with embryonic stem cells.

KEYWORDS: *Embryonic stem cells; research; Biosafety Law; constitutionality.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O caso; 2 Argumentos pela inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança; 3 Argumentos pela constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança; 4 A decisão do Supremo Tribunal Federal; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The Case; 2 Arguments for the unconstitutionality of article 5 of the Biosafety Law; 3 Arguments*

¹ Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Especialista em Direito Público pela Uniderp – Anhanguera, Assessora no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. helenbernasiuk@gmail.com.

for the constitutionality of article 5 of the Biosafety Law; 4 The decision of the Supreme Court; Conclusion; References.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a análise do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADI 3510, a qual questionou a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei nº 11. 105/2005 – Lei de Biossegurança.

Cientistas e juristas travaram um acirrado debate acerca do tema: sobre a utilização de embriões humanos congelados para o desenvolvimento de pesquisas com células-tronco embrionárias.

O papel da pesquisa é importante para a sociedade, por isso a relevância do tema, na medida em que abarca experimentos e aplicação, e os seus limites e riscos a serem considerados na repercussão desta atividade para os seres humanos e o ambiente em que vivem.

Na Constituição Federal de 1988 há norma (art. 199)² prevendo a disposição de condições e requisitos de amostras humanas para fins de pesquisa, entre outros, destacando-se a proibição de qualquer tipo de comercialização.

Cumprir referir a existência de Resolução da Anvisa RDC nº 23, de 27 de maio de 2011, que “dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências”³.

² “Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

§ 1º As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

§ 2º É vedada a destinação de recursos públicos para auxílios ou subvenções às instituições privadas com fins lucrativos.

§ 3º É vedada a participação direta ou indireta de empresas ou capitais estrangeiros na assistência à saúde no País, salvo nos casos previstos em lei.

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”

³ “Art. 1º Fica aprovado o Regulamento Técnico que estabelece os requisitos mínimos para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos nos termos desta Resolução.

Art. 2º Este regulamento possui o objetivo de instituir critérios mínimos para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos (BCTG) visando a segurança e qualidade das células, tecidos germinativos e embriões utilizados.”

A Lei de Biossegurança⁴, por sua vez, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados e seus derivados e o uso de células-tronco embrionárias.

Não é tarefa simples a atribuição de titularidade dos direitos fundamentais ao embrião humano, especificamente aquele que não foi implantado no útero, ou seja, que se encontra em laboratório, que são os embriões objetos da Lei de Biossegurança e da ADI 3510.

A discussão a respeito da titularidade dos direitos fundamentais, mais especificamente para o direito à vida e a tutela da dignidade, teve como discussão inicial a determinação do início da vida humana e a sua necessária proteção.

Deste modo, faremos um breve panorama acerca dos argumentos principais que entendem pela inconstitucionalidade e constitucionalidade do art. 5º da referida Lei objeto da ADI, bem como um panorama sobre os posicionamentos utilizados no julgamento.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 3510⁵, fixou o entendimento de que a liberdade de expressão científica é direito constitucional, assegurando sempre a dignidade da pessoa humana.

1 O CASO

O Ministério Público Federal ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510 contra a Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), mais especificamente o seu art. 5º.

A parte impugnada trata sobre a utilização para fins de pesquisa e terapia, de células-tronco obtidas de embriões humanos, mediante fertilização *in vitro* e que não tenham sido transferidos para o útero materno, desde que presentes alguns requisitos. A redação do artigo⁶ impugnado é a seguinte:

⁴ “Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente.”

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br.

⁶ BRASIL. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: jun. 2014.

Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

§ 2º Instituições de pesquisa e serviços de saúde que realizem pesquisa ou terapia com células-tronco embrionárias humanas deverão submeter seus projetos à apreciação e aprovação dos respectivos comitês de ética em pesquisa.

§ 3º É vedada a comercialização do material biológico a que se refere este artigo e sua prática implica o crime tipificado no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Deste modo, para que as células dos embriões sejam utilizadas para a pesquisa, é necessária a observância de requisitos legais mencionados no artigo impugnado, que, em síntese, são os seguintes:

1. Os embriões tenham sido oriundos do tratamento de fertilização *in vitro*, inclusive, a lei proíbe a comercialização de embriões, células e tecidos, bem como a clonagem humana;
2. Os embriões sejam inviáveis ou que não tenham sido implantados no respectivo procedimento de fertilização, estando congelados há mais de três anos;
3. Há a necessidade de os genitores darem o consentimento;
4. A pesquisa deve ser aprovada pelo comitê de ética da instituição.

O ponto crucial da inicial da ADI é o de que o embrião seria uma vida, razão pela qual possuiria proteção constitucional. Ainda, utilizá-lo em pesquisas significaria destruí-lo, o que afetaria a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana, conforme assinalam J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, não pode ser reduzida “à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos dos direitos sociais, ou invocá-la para construir uma ‘teoria do núcleo da personalidade ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana’”⁷.

Ainda, a dignidade implicaria, “em razão de sua dimensão intersubjetiva”⁸, um dever geral de respeito por parte de todos.

Assim, fixada a premissa de que a vida biológica inicia no momento da concepção, um dos argumentos seria o de que não haveria diferença ontológica entre um embrião fecundado *in vitro* e não introduzido no útero materno e um embrião fecundado de modo natural ou fecundado *in vitro* e introduzido no útero materno para fins de aplicação de disposições constitucionais sobre o direito fundamental à vida, bem como a dignidade da pessoa humana.

Foi admitida a participação de *amicus curiae* (amigos da corte) de entidades de representatividade social e, conforme assinala o Ministro Ayres Britto, “postadas como subjetivação dos princípios constitucionais do pluralismo genericamente cultural (preâmbulo da Constituição) e especificamente político (inciso V do art. 1º da nossa Lei Maior)”⁹, são elas: Conectas Direitos Humanos; Centro de Direitos Humanos – CDH; Movimento em Prol da Vida – Motiva; Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero – Anis; e Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB.

Após a ocorrência de audiência pública, em que participaram as mais acatadas autoridades científicas brasileiras, o Ministro Ayres Britto entendeu pela existência de duas nítidas correntes de opinião, a saber:

I – A primeira, deixando de reconhecer às células-tronco embrionárias virtualidades, para fins de pesquisa humana, superiores às das células-

⁷ CANOTILHO, J. J. e Moreira Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 58-59.

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 114.

⁹ Conforme relatório do voto do Ministro Ayres Britto, no julgamento da ADI 3510 pelo STF, p. 4. Disponível em: www.stf.jus.br.

-tronco adultas. A pessoa humana em sua individualidade genética já existe no próprio instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino. Em uma síntese, diz o Ministro que a ideia do zigoto ou óvulo feminino já fecundado como simples embrião de uma pessoa humana é reducionista.

II – A segunda investe em experimentos científicos com células-tronco extraídas ou retiradas de embriões humanos, porquanto são células com maior plasticidade para se transformar em tecidos humanos, substituindo-os ou regenerando-os nos respectivos órgãos ou sistemas. Para este bloco, o embrião *in vitro* não é igual ao embrião que está no útero.

A questão, deste modo, diz também com a titularidade dos direitos fundamentais¹⁰, ou seja, se o embrião *in vitro* possuiria essa proteção, mais especificamente o da dignidade da pessoa humana.

2 ARGUMENTOS PELA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

O Procurador-Geral da República Claudio Fonteles¹¹, que subscreveu a petição inicial da ADI, alegou a tese de que a vida humana acontece a partir da fecundação, fundamentando esse posicionamento no entendimento de médicos e cientistas especialistas no assunto. Ainda, asseverou que a pesquisa com células-tronco adultas é mais promissora do que a utilização de células-tronco embrionárias, até porque, em razão destas, não há registros de resultados satisfatórios, como há em relação àquelas.

O Procurador-Geral asseverou que o disposto no art. 5º da Lei nº 11.105/2005 afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, ao argumento de que não observa o direito à vida, “porque o embrião humano é vida humana, e faz ruir fundamento maior do Estado Democrático de Direito, que radica na preservação da dignidade da pessoa humana”¹².

¹⁰ Nesse sentido, o Professor Ingo Sarlet afirma que titular do direito é “quem figura como sujeito ativo da relação jurídico-subjetiva” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 209).

¹¹ Conforme se verifica da leitura da petição inicial, em: O Supremo Tribunal Federal e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgamento da ADIn 3510/DF. Principais peças do processo. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 337-427, jan. 2008, p. 338.

¹² *Idem*, p. 344.

Assim, com base na fundamentação de que o embrião é vida humana, defendeu a inconstitucionalidade do dispositivo legal, porquanto seria autorizado por lei manipulação para fins de pesquisa de ser humano, cuja existência está protegida pela Constituição Federal.

A CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil¹³, que foi admitida como *amicus curiae* nos autos da ADI 3510, postulou também pela inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, ao argumento de que a vida humana se inicia com a fecundação, daí porque não se poderia transformar seres humanos concebidos em cobaias. Alega que esse será o primeiro passo para outras ações comprometedoras da dignidade humana. Preconiza pelo provimento da ação promovida pela Procuradoria-Geral da República¹⁴:

Desde o início da existência deve ser protegido o direito inalienável à vida (art. 5º, *caput*, da CF), pois se trata de vida humana desde o início, conforme consolidado conhecimento científico médico e biológico e, como o reconhece o CC, art. 2º, ao dispor que o direito do nascituro está assegurado desde a concepção e o art. 4º do pacto São José, do qual o Brasil é signatário, segundo o qual a vida começa na concepção.

[...]

Que não tenha o Brasil que lamentar, no futuro, a primeira transigência na defesa do direito à vida, ao legitimar a manipulação laboratorial de seres humanos concebidos.

Esta será a primeira violação desse direito fundamental inalienável.

¹³ A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) é a instituição permanente que congrega os Bispos da Igreja Católica no País, na qual, a exemplo dos Apóstolos, conjuntamente e nos limites do direito, eles exercem algumas funções pastorais em favor de seus fiéis e procuram dinamizar a própria missão evangelizadora, para melhor promover a vida eclesial, responder mais eficazmente aos desafios contemporâneos, por formas de apostolado adequadas às circunstâncias, e realizar evangelicamente seu serviço de amor, na edificação de uma sociedade justa, fraternal e solidária, a caminho do Reino definitivo (Disponível em: www.cnbb.org.br. Acesso em: jun. 2014).

¹⁴ Conforme se verifica da leitura da petição do manifesto apresentado pela CNBB como *amicus curiae*, em: O Supremo Tribunal Federal e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgamento da ADIn 3510/DF. Principais peças do processo. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 337-427, jan. 2008, p. 348.

Todo o resto será mera consequência.

Assim, tem-se que, entre os argumentos principais para os que entendiam pela inconstitucionalidade do art. 5º, seriam o de que: a vida se inicia com a fecundação, daí porque o embrião merece proteção constitucional; as pesquisas abririam um precedente para a realização do aborto; a possibilidade de se vender embriões ilegalmente, bem como o de que as pesquisas com células-tronco adultas subsistiriam à pesquisa com células-tronco embrionárias.

3 ARGUMENTOS PELA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 5º DA LEI DE BIOSSEGURANÇA

Luiz Roberto Barroso, que à época atuou como advogado em prol de *Motivae – Movimento em Prol da Vida*, em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias, preconiza que, “não sendo o embrião uma pessoa, não há que se falar, a rigor, em dignidade humana (CF, art. 1º, III)”¹⁵.

Ainda, assevera Barroso que o Supremo Tribunal Federal atua como intérprete da razão pública, “impondo o respeito aos consensos mínimos consubstanciados na Constituição, mas respeitando a deliberação política majoritária legítima”¹⁶. Isso porque, no caso específico, quando da aprovação da Lei de Biossegurança, houve expressiva votação na Câmara de Deputados¹⁷ (85% dos parlamentares presentes votaram favoravelmente) e no Senado Federal (50 votos contra 2). Deste modo, a lei mencionada foi aprovada, expressando a vontade política majoritária da sociedade, respeitando o pluralismo político. Ainda, ao exigir o prévio consentimento dos genitores para a realização de pesquisas com célula-tronco, a lei assegurou a cada indivíduo a possibilidade de agir de acordo com os seus valores e a sua ética pessoal.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510: pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado por *Motivae – Movimento em prol da vida* em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias (constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005). *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 5, n. 18/19, p. 25-55, jan. 2006, p. 44.

¹⁶ *Idem*, p. 52.

¹⁷ Conforme informações do *site* da Câmara dos Deputados. Mais informações acerca do trâmite da legislação verificar: A Lei de Biossegurança e seu processo de construção no Congresso Nacional. Disponível em: www.camara.gov.br.

A ANIS¹⁸ - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero postulou pela improcedência do pedido, e, entre os principais argumentos, asseverou que há um falso problema filosófico:

A pergunta não deve ser “quando a vida humana tem início?”, pois esse é um questionamento metafísico-religioso pouco suscetível a um julgamento razoável em um Estado Democrático de Direito pluriconfessional. A resposta mais razoável para essa pergunta acena para uma evidência de regressão infinita sobre a origem da vida.

Conectas¹⁹ e CDH - Centro de Direitos Humanos manifestaram-se conjuntamente na condição de *amicus curiae*. Em sua manifestação, alegaram que a importância das células-tronco embrionárias está no fato de que são capazes de renovar e constituir células de diferentes tecidos, permitindo, assim, a possibilidade de novos tratamentos para diversas doenças. Aduziram²⁰ que não há proteção da dignidade do embrião, no caso destes que seriam utilizados para pesquisa, porquanto seriam aqueles inviáveis ou congelados há mais de três anos:

Não há que se falar, ademais, em proteção da dignidade de embrião. Tratando-se de células em fase absolutamente inicial de existência, não há como conferir a elas o mesmo valor moral conferido a uma pessoa adulta, com personalidade, relacionamentos e história de vida e potencialidades. Tampouco há como

¹⁸ Consoante manifestação como *amicus curiae* formulada por ANIS - Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, em: O Supremo Tribunal Federal e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgamento da ADIn 3510/DF. Principais peças do processo. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 337-427, jan. 2008, p. 382.

¹⁹ Conectas Direitos Humanos é uma organização não governamental internacional, sem fins lucrativos, fundada em setembro de 2001 em São Paulo - Brasil. A sua missão é promover a efetivação dos direitos humanos e do Estado Democrático de Direito, no Sul Global - África, América Latina e Ásia. Desde janeiro de 2006, Conectas tem *status consultivo* junto à Organização das Nações Unidas (ONU) e, desde maio de 2009, dispõe de *status de observador* na Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Disponível em: www.conectas.org.

²⁰ Consoante petição formulado por Conectas e CDH, na condição de *amicus curiae*, em: O Supremo Tribunal Federal e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgamento da ADIn 3510/DF. Principais peças do processo. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 337-427, jan. 2008, p. 394.

reconhecer uma dignidade implícita de algo que jamais terá a vida realizada, sequer a vida intra-uterina.

Do possível destino que será dado aos embriões remanescentes em clínicas de fertilização enumera-se o seguinte²¹: 1) mantê-los congelados por tempo indeterminado; 2) a “adoção” destes embriões; 3) a destruição dos embriões; 4) a quarta sugestão seria a utilização destes embriões para a pesquisa e terapia de doenças graves.

A Advocacia-Geral da União afirma que não há violação do direito à vida na Lei de Biossegurança, na medida em que só permite as pesquisas de células-tronco embrionárias daqueles embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos, situação esta que os torna inviáveis para o nascimento com vida. Conforme assevera Filippo Bruno Silva²², ao comentar a atuação da AGU na defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias:

[...] com relação à dignidade da pessoa humana, consigna a AGU em seu parecer jurídico que a Constituição visa a proteger a “pessoa”, o ser humano personificado nos termos do art. 2º do Código Civil, não havendo qualquer referência à “vida humana”, razão pela qual não se haveria de perquirir acerca da existência ou não da vida do embrião para o debate travado, nos termos propugnados pelo Ministério Público, mesmo porque vida sabe-se que há.

Conforme se verifica do parecer apresentado pela AGU, em que prestou informações na ADI 3510, esta tentou desqualificar a inicial, ao argumento de que os estudos que embasaram as informações pela inconstitucionalidade da norma são de autoria de pesquisadores ou financiados pela Igreja Católica, razão pela qual não seriam isentos²³. Deste modo, não poderia o Supremo Tribunal Federal adotar as teses, porquanto não poderia fundamentar o julgamento em posicionamentos religiosos, já que o Estado é laico.

²¹ Idem, p. 395-396.

²² AMORIN, Filippo Bruno Silva. ADI 3510 – A atuação da AGU na defesa das pesquisas com células-tronco. *Jurisprudência comentada. Revista da AGU*, Brasília, v.11, n. 33, p. 361-384, jul./set. 2012, p. 368.

²³ Conforme se verifica na nota de rodapé nº 26, nas informações prestadas pela AGU, em que, de acordo com informações baseadas na Revista *Veja*, Edição 1908, relaciona os cientistas/pesquisadores que fundamentaram as alegações e sua vinculação com a Igreja Católica (BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA nº 2516. Informações elaboradas pela AGU na ADI 3510. Disponível em: agu.gov.br. Acesso em: jun. 2014, p. 33).

A AGU entendeu que deve ser permitida a utilização dos embriões por defender a política pública de saúde e da livre expressão da atividade científica, inclusive porque as pesquisas poderão levar à cura de diversas doenças tida como incuráveis. Deste modo, na parte da conclusão das informações²⁴, preconiza que:

Diante do exposto, com fulcro no direito à saúde e no direito de livre expressão da atividade científica, a permissão para utilização de material embrionário em vias de descarte, para fins de pesquisa e terapia consubstanciam-se em valores amparados constitucionalmente.

Deste modo, os que entendem pela constitucionalidade da norma asseveram que a autorização da pesquisa, dentro dos parâmetros bioéticos e jurídicos, promove o desenvolvimento nacional, além de ser exemplo de solidariedade e justiça social que constitui a característica de objetivos fundamentais. Inclusive, aduzem que se mostra a referida Lei de Biossegurança compatível com os preceitos constitucionais de proteção à vida e à dignidade, ponderando e relativizando a proteção dada ao embrião inviável, em razão da ausência de expectativa de vida e restrito valor moral.

4 A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, julgou improcedente a ADI 3510, declarando, por conseguinte, constitucional os dispositivos legais impugnados da Lei nº 11.105/2005, permitindo, assim, a pesquisa com células-tronco embrionárias inviáveis ou congeladas há mais de três anos.

Ao que se verificou do julgamento, o Ministro Carlos Britto²⁵ entendeu que a titularidade dos direitos fundamentais está reservada à pessoa, portanto, ao indivíduo nascido com vida. É o que se verifica da leitura de seu voto, bem como do trecho pertinente da ementa, *verbis*:

[...] III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO - O

²⁴ BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA nº 2516. Informações elaboradas pela AGU na ADI 3510. Disponível em: agu.gov.br. Acesso em: jun. 2014, p. 33-34.

²⁵ Conforme posicionamento da maioria dos julgadores, que se verifica da leitura do voto do Relator, bem como do trecho da ementa pertinente (Disponível em: www.stf.jus.br, p. 3-4).

Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade constitucional”). *E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Muitismo constitucional hermeneuticamente significativo de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege de modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.*

Da leitura do voto do Relator se verifica que os fundamentos principais para o julgamento de improcedência da ADI 3510 foram os seguintes:

1. as células-tronco embrionárias oferecem maiores contribuições à pesquisa em relação às demais, por serem células pluripotentes;
2. o bem jurídico *vida*, constitucionalmente protegido, diz respeito à pessoa nascida com vida. Ainda, a Constituição Federal não diz quando se inicia a vida humana;
3. não se pode compelir nenhum casal ao aproveitamento de todos os embriões excedentes, em respeito ao planejamento familiar, aos princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana. A “dignidade da pessoa humana também se manifesta na liberdade decisório-familiar”²⁶;
4. o direito à livre expressão da atividade científica e à saúde, que também é dever do Estado;
5. sustenta que como a morte decorre do fim da atividade cerebral, a vida deve decorrer do início desta atividade, daí porque não há falar em potencialidade humana do embrião *in vitro*, que não possui atividade cerebral.

Acompanharam o entendimento do Relator, pela constitucionalidade da indigitada norma, os Ministros Ellen Gracie, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Ao que se deduz, a Ministra Ellen Gracie afirmou não haver ofensa à dignidade humana na utilização de pré-embriões inviáveis ou congelados há mais de três anos nas pesquisas de células-tronco, porquanto não teriam outro destino que não fosse o descarte. Asseverou que o aproveitamento, “nas pesquisas científicas com células-tronco, dos embriões gerados no procedimento de reprodução humana assistida é infinitamente mais útil e nobre do que o descarte vão dos mesmos”²⁷. Ainda, a improbabilidade de utilização destes

²⁶ Consoante voto proferido pelo Ministro Relator, em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: jun. 2014, p. 9 do voto do Ministro e p. 318 do processo.

²⁷ Consoante voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, em: BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: jun. 2014, p. 6 do voto da Ministra e p. 219 do processo.

pré-embriões na geração de novos seres humanos também afasta a alegação de violação ao direito à vida. Entendeu, assim, pela improcedência da ação.

De igual modo, a Ministra Cármem Lúcia²⁸ entendeu que a utilização de células-tronco embrionárias para a pesquisa e, após a utilização de resultados favoráveis, o seu aproveitamento para os tratamentos de saúde não agride a dignidade humana constitucionalmente assegurada; pelo contrário, a valoriza, na medida em que visa a ampliar a possibilidade de dignificação de todas as vidas.

As Ministras Ellen Gracie e Cármem Lúcia decidiram com base em argumentos pragmáticos, na medida em que, se o destino destes embriões seria, possivelmente, o descarte, não haveria de se falar em uma ofensa à vida destes embriões.

Joaquim Barbosa, fazendo um panorama com a legislação atacada e com as demais legislações estrangeiras²⁹ acerca da utilização de células embrionárias em pesquisas, concluiu que as legislações possuem três pontos em comum:

[...] o primeiro, referente à obrigatoriedade de que os embriões sejam utilizados em pesquisas que visem o bem-comum; o segundo, que sejam utilizados apenas embriões excedentes dos processos de fertilização *in vitro*, o que, em outras palavras significa a proibição de que sejam criados embriões para este fim; e, por último, que haja o consentimento expresso dos genitores.

Deste modo, entendeu o Ministro Barbosa que a legislação brasileira atendeu os critérios mínimos exigidos, também, no cenário internacional, por aqueles países que também permitem a utilização das células-tronco embrionárias para pesquisa científica.

²⁸ A Ministra Cármem Lúcia em seu voto afirma que estas células seriam descartadas, daí porque deveriam ser utilizadas para a pesquisa. Diz a Ministra: “Dito de forma direta e objetiva, e ainda, que certamente mais dura, o seu destino seria o lixo. Estaríamos não apenas criando lixo genético, como, o que é igualmente gravíssimo, estaríamos negando àqueles embriões a possibilidade de se lhes garantir, hoje pela pesquisa, o aproveitamento para a dignidade da vida (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: jun. 2014, p. 26 do voto da Ministra).

²⁹ Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa faz uma panorama sobre o direito comparado, mencionando as legislações de outros países sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias, entre os quais cita a Inglaterra, a França, a Espanha, a Bélgica e a Suíça (p. 9-12 do voto e p. 469-472 do processo).

Ao que parece, neste ponto, a legislação estaria de acordo com, digamos, certas diretrizes utilizadas também por legislações internacionais referente ao tema.

Um segundo posicionamento seria o de que não seria aceitável a destruição de embriões congelados para fins de pesquisa, o que significa a não admissão da pesquisa. Corrente esta seguida pelos Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

O Ministro Menezes³⁰ entendeu que o método de extração de células-tronco embrionárias que acarreta a sua destruição viola o direito à vida insculpido no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

Não obstante o Ministro Menezes de Direito, em seu judicioso voto, tenha trazido a posição de cientistas que entendiam pela possibilidade da utilização dos embriões sem destruição, parece ser este um posicionamento isolado atualmente no meio científico, daí porque, em outras palavras, no contexto atual a sua decisão seria pela impossibilidade da pesquisa.

O Ministro Eros Grau, um dos votos vencidos, se posicionou no sentido de que, embora a dignidade e a sua proteção preexistam ao nascimento com vida, esta proteção abrange o embrião fora do útero, na medida em que está estagnado o processo do desenvolvimento da vida. De parte do voto se extrai³¹: “O embrião – insisto neste ponto – faz parte do gênero humano, já é uma parcela da humanidade. Daí que a proteção da sua dignidade é garantida pela Constituição, que lhe assegura ainda o direito à vida”.

Nesse sentido, as pesquisas foram permitidas desde que os embriões não sejam destruídos, exceto quando se tratar de óvulos fecundados inviáveis.

O Ministro Lewandowski, por sua vez, invocou, dentro de vários argumentos, as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, que, em seu art. 4º/1, dispõe que a proteção da vida se dá desde a concepção, avançando com a propositura de uma dimensão objetiva dos direitos à vida e à saúde, assim como uma dimensão coletiva de sua titularidade. No “esclarecimento” de seu voto, o Ministro afirmou³²:

³⁰ Consoante voto do Ministro (p. 284 do processo e p. 64).

³¹ Conforme voto do Ministro Eros Grau (p. 454 do processo e p. 6 de seu voto).

³² É o que se verifica do “esclarecimento” do voto do Ministro Lewandowski (p. 533 do processo e p. 2 de seu voto).

Nós estamos numa nova fase do Supremo Tribunal Federal, em que esta casa assume um novo protagonismo. Então, pareceu-me adequado, no caso das células-tronco, também estabelecer algumas condicionantes, para o exercício da atividade da pesquisa, realmente importantes para o avanço do conhecimento nesse campo, no Brasil, exatamente por entender que essa lei é extremamente vaga e foi formulada, data vênua, de forma tecnicamente imprecisa.

Ao que parece, todavia, não caberia o estabelecimento de tais condicionantes, na medida em que se declara a constitucionalidade ou inconstitucionalidade, total ou parcial do ato normativo abstrato atacado. Nos dizeres do Ministro Marco Aurélio³³, “também não cabe ao Supremo, ao julgar, fazer recomendações. Não é um órgão de aconselhamento”. Entendimento diverso é o proferido pelo Ministro Gilmar Mendes³⁴.

Um terceiro posicionamento seria no sentido de uma interpretação conforme a Constituição, para que a pesquisa com as células-tronco embrionárias sejam submetidas a um órgão de controle, uma espécie de Comitê de Ética subordinado ao Ministério da Saúde. Entendimento do Ministro Gilmar Mendes e Cezar Peluso.

Um dos argumentos é o de que não há um protocolo rígido para a identificação deste embrião inviável.

O Ministro Cezar Peluso³⁵ assevera ser favorável às pesquisas, apenas ressalvando:

[...] primeiro, a responsabilidade dos membros dos comitês de ética, coisa que está na lei; e, nesse passo, acentua a responsabilidade criminal dos respectivos membros. E, em segundo lugar, acena para a necessidade de que exista órgão que aprove a nomeação dos membros dos comitês.

³³ Consoante página 538 dos autos e página 1 do voto do Ministro Marco Aurélio.

³⁴ Em seu voto afirma o Ministro Gilmar Mendes: “[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotada pelas principais Cortes Constitucionais europeias” (consoante p. 629 dos autos e p. 34 do voto do Ministro).

³⁵ Conforme página 529 dos autos e página 2 do “esclarecimento do voto do Ministro Cezar Peluso”.

Deste modo, tem-se que seis votos foram favoráveis à pesquisa, mantendo integralmente a legislação impugnada; dois votos foram favoráveis, mas com a ressalva de submissão das pesquisas a um comitê de Ética e três votos entenderam pela inadmissão das pesquisas que destruíssem o embrião, o que significa, na situação atual, em sua proibição.

CONCLUSÃO

Consabido que, a partir de novos conhecimentos científicos, no campo da genética e medicina, se instaurou discussão acerca dos instrumentos normativos de proteção à vida e à dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos da Unesco³⁶ preconizam que as pesquisas devem respeitar os direitos humanos, inclusive a dignidade da pessoa humana. Do mesmo modo, a Constituição brasileira preceitua que este princípio é um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito³⁷.

O cerne da controvérsia lançado pelo Procurador-Geral da República que subscreveu a petição inicial da ADI foi o de que a utilização destes embriões para pesquisa afrontaria o princípio da dignidade da pessoa, ao argumento de a vida humana iniciaria com a fecundação.

A partir daí diversas foram as teorias acerca do início da vida. Com efeito, nem mesmo a ciência está apta a afirmar, com precisão, o momento exato em

³⁶ “Art. 10. Nenhuma pesquisa ou suas aplicações relacionadas ao genoma humano, particularmente nos campos da biologia, da genética e da medicina, deve prevalecer sobre o respeito aos direitos humanos, às liberdades fundamentais e à dignidade humana dos indivíduos ou, quando for aplicável, de grupos humanos.

Art. 11. Práticas contrárias à dignidade humana, tais como a clonagem de seres humanos, não devem ser permitidas. Estados e organizações internacionais competentes são chamados a cooperar na identificação de tais práticas e a tomar, em nível nacional ou internacional, as medidas necessárias para assegurar o respeito aos princípios estabelecidos na presente Declaração.

Art. 12. a) Os benefícios dos avanços na biologia, na genética e na medicina, relacionados ao genoma humano, devem ser disponibilizados a todos, com a devida consideração pela dignidade e pelos direitos humanos de cada indivíduo.” (UNESCO. Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/genomahum.html>. Acesso em: jul. 2014)

³⁷ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana; [...]” (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2014)

que se inicia a vida. A Constituição Federal também nada dispõe sobre o início da vida.

Parece que a questão central não seria a de quando se inicia a vida humana, mas, sim, como o Estado deve atuar na proteção desse “organismo”, em face dos avanços tecnológicos e científicos.

Não cabe ao Supremo Tribunal Federal a adoção de uma determinada corrente científica (e, tampouco, moral, religiosa, filosófica e ética) sobre as demais, o que cabe, sim, é contrastar o art. 5º da Lei nº 11.105, com os princípios e as normas da Constituição Federal. O que não significa que não se possa buscar uma perspectiva interdisciplinar para melhor elucidação da controvérsia.

Consoante as palavras da Ministra Cármem Lúcia, ao proferir seu voto, os Ministros devem julgar livre de influências externas e pressões dos mais diversos segmentos da sociedade. De parte do seu voto³⁸ se extrai:

[...] a Constituição é a minha bíblia, o Brasil, minha única religião. Juiz no foro, cultua o Direito. Como diria Pontes de Miranda, assim é porque o Direito assim quer e determina. O Estado é laico, a sociedade é plural, a ciência é neutra e o Direito é imparcial. Por isso, como todo o juiz, tenho de me ater ao que é o núcleo da indagação constitucional posta no caso: a liberdade que se há por ter por válida, ou não, e que foi garantida pela lei questionada, de pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, nos termos do art. 5º da Lei nº 11.105/2005.

A jurisdição constitucional legitima-se pela reflexão e argumentação produzida segundo a racionalidade das normas legais e constitucionais.

De se referir, ainda, que toda e qualquer exegese sistemática constitucional “deve ser articulada a partir de uma fundamentação (hierarquização) racional, objetiva e impessoal das premissas eleitas”³⁹.

³⁸ Conforme trecho proferido pela Ministra Cármem Lúcia, no julgamento da ADI 3510. Disponível em: www.stf.jus.br, p. 194 do processo e p. 2 do voto.

³⁹ Ainda, o Jurista Juarez Freitas afirma que, ao julgar, em sede de controle de constitucionalidade, “deve ser afastado qualquer decisionismo movido sob o influxo deletério das paixões, não raro associadas a motivações subalternas ou menores” (FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 202-203).

Na ponderação de valores referentes ao princípio da inviolabilidade da vida, o legislador, entre a tutela do embrião (como já referido, o objeto da lei, que é o inviável ou congelado há mais de três anos) e o direito à saúde e, por conseguinte, a vida de milhares de pessoas portadoras de doenças ainda incuráveis, optou pelo direito da coletividade, que se beneficiaria com a possibilidade de resultado favorável das pesquisas nestas células.

Cumpra referir que a indigitada norma respeitou, por assim dizer, a autonomia privada, na medida em que cabe aos genitores a decisão acerca do destino dos embriões remanescentes.

Deste modo, embora tendo sido reconhecida a constitucionalidade dos dispositivos da Lei nº 11.105/2005, mantendo, assim, a possibilidade da utilização para pesquisa, de células-tronco embrionárias, a discussão a respeito da titularidade de direitos fundamentais (com destaque para o direito à vida e tutela da dignidade), por parte das células-tronco, conforme afirma o Jurista Ingo Sarlet, “não resultou em uma doutrina suficientemente conclusiva e clara por parte do Supremo Tribunal Federal”⁴⁰. Isso porque, não obstante a posição majoritária tenha acompanhado o Relator, a questão da titularidade não chegou a ser abordada em todos os votos.

Assim, tem-se que um entendimento a respeito da titularidade dos direitos fundamentais na fase anterior ao nascimento, ou seja, a fase embrionária, especificamente daqueles embriões não utilizados na fertilização *in vitro*, ainda deverá ser amplamente desenvolvida.

Por fim, se espera que o Supremo Tribunal Federal, por meio de suas decisões, reitere o compromisso com os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, inclusive com o princípio da dignidade da pessoa humana, que serão necessárias, em razão dos avanços científicos e tecnológicos que ainda estão por vir.

REFERÊNCIAS

ANVISA. Resolução RDC nº 23, de 27 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.brasilsus.com.br/legislacoes/anvisa/108277-23.html>>. Acesso em: jun. 2014.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 221.

AMORIN, Filipo Bruno Silva. ADI 3510 – A atuação da AGU na defesa das pesquisas com células-tronco. *Jurisprudência comentada. Revista da AGU*, Brasília, v. 11, n. 33, p. 361-384, jul./set. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510: pedido de ingresso como *amicus curiae* formulado por Motivae – Movimento em prol da vida em defesa das pesquisas com células-tronco embrionárias (constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105/2005). *Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, v. 5, n. 18/19, p. 25-55, jan. 2006.

BRASIL. Advocacia- Geral da União. Parecer/Conjur/Assessoria/Gabin/MS/AA nº 2516. Informações elaboradas pela AGU na ADI 3510. Disponível em: agu.gov.br. Acesso em: jun. 2014.

_____. Câmara dos Deputados. A Lei de Biossegurança e seu processo de construção no Congresso Nacional. Disponível em: www.camara.gov.br. Acesso em: jul. 2014.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília/DF, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: jun. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510, Ministro Ayres Britto. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: jun. 2014.

_____. Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005. Lei de Biossegurança. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11105.htm>. Acesso em: jun. 2014.

_____. Conferência Nacional dos Bispos. Disponível em: www.cnbb.org.br. Acesso em: jun. 2014.

BRITTO, Carlos Ayres. Voto. STF libera pesquisas com células-tronco embrionárias. ADI 3.510-0. *Justitia*, São Paulo, v. 65, n. 198, p. 183-201, jan./jun. 2008.

CANOTILHO, J. J. e Moreira Vital. *Constituição da República portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1984.

CONNECTAS. Conectas Direitos Humanos. Disponível em: www.conectas.org.

FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

O SUPREMO Tribunal Federal e as pesquisas com células-tronco embrionárias. Julgamento da ADIn 3510/DF. Principais peças do processo. *Revista de Direito do Estado: RDE*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 337-427, jan. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

UNESCO. Declaração Universal sobre Genoma Humano e os Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/direitosglobais/paradigmas_textos/genomahum.html>. Acesso em: jul. 2014.

