Ano IX, nº 24, Out-Dez 2013 - Direito e Educação

intellectus

REVISTA ACADÊMICA DIGITAL



ISSN 1679-8902

INTELLECTUS. Revista científica das seguintes instituições: Faculdade de Jaguariúna e Faculdade Max Planck.

Eletrônica

Trimestral

Inclui Bibliografia

EDITORIAL

Prof. Me. Flávio Fernandes Pacetta

Após anos de existência a Revista Intellectus atinge um patamar superlativo de qualidade.

Essa evolução não se deu por obra do acaso, mas especialmente pela característica ímpar que une os profissionais do seu Conselho Editorial ao perfil de alto nível dos autores e as suas obras de produção científica apresentadas no decorrer das publicações.

Nesse contexto apresentamos à comunidade acadêmica a vigésima quarta edição da revista que traz vários trabalhos no ramo de Ciências Sociais Aplicadas, com abordagem específica na área do Direito.

São doze trabalhos e uma resenha que englobam problemáticas que transitam desde direitos fundamentais de cunho social passando por diversas outras vertentes, incluindo temas atuais, polêmicos e inéditos como é o caso da ´jurimetria´, ferramenta que em futuro breve será indispensável para delimitar e nortear o futuro das ações envolvendo o Poder Judiciário em nosso país.

Frutos da pesquisa e produção científica de autores renomados do Direito trazem em seu contexto o nítido envolvimento desses pesquisadores com a graduação e a pós-graduação, sem se olvidar dos aspectos prático-profissionais decorrentes de carreiras sólidas e estruturadas tanto no âmbito público quanto no privado, muitos deles ligados à FAJ – Faculdade de Jaguariúna e à Faculdade Max Planck, parceiras educacionais que incentivam a pesquisa desde a graduação por meio do envolvimento integral do seu corpo discente com esses expoentes jurídicos, através de programas de iniciação científica, vários deles fazendo parte integrante dos trabalhos que ora apresentamos.

Desejo a todos uma excelente leitura.

ISSN 1679-8902

Editora Chefe

Prof.ª Dra. Ana Maria Girotti Sperandio
Assessora Acadêmica da Faculdade Jaguariúna
Pesquisadora do Laboratório de Investigações Urbanas (LABINUR) da Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)
Coordenadora da Rede de Municípios Potencialmente saudáveis

Conselho Editorial

Profª. Drª. Adriana Nobre de Paula Simão – FAJ

Profª. Drª. Ana Maria Girotti Sperandio – UNICAMP e FAJ

Prof. Dr. André Mendeleck – FAJ

Profª. Drª. Andrea Carla da Silva Barretto – Max Planck

Profª. Drª. Angela Maria Montes Peral Valente – FAJ

Prof. Dr. Antonio Carlos Hilsdorf Cury - Max Planck

Prof. Dr. Carlos Otávio Ferreira de Almeida - PUCC

Profª. Drª. Celene Ferrari Audi – FAJ

Prof. Dr. Cézar Henrique Barra Rocha - UFJF

Prof. Dr. Claudio José Fanzolin - PUCC

Profª. Drª. Daniela Miguel Marin - FAJ

Profª. Drª. Elisandra Villela Gasparetto Sé – FAJ

Profª. Drª. Erica Passos Baciuk – FAJ

Prof. Dr. Geraldo Gonçalves Delgado Neto - UNICAMP e FAJ

Prof. Dr. Glauco Barsalini - FAJ

Prof. Dr. Guilherme Franco Netto – Ministério da Saúde e FIOCRUZ/RJ

Prof. Dr. Jose Henrique Conti - FAJ

Profª. Drª. Karina Antero Rosa Ribeiro - FAJ

Prof. Dr. Lauro Luiz Francisco Filho - UNICAMP

Profª. Drª. Leoni Adriana de Souza - FAJ

Profª. Drª. Livia Fernanda Agujaro - CETESB

Profª. Drª. Luciane Orlando Raffa - FAJ

ISSN 1679-8902

Prof. Dr. Luís Renato Vedovato – UNICAMP, PUCCAMP e FACAMP

Prof. Dr. Luiz José Maria Irias – FAJ

Profª. Drª. Maria Angela Lourençoni – Max Planck

Profª. Drª. Maria Lucia Martins – Max Planck

Prof. Dr. Odail Pagliardi - FAJ

Prof. Dr. Omar Carvalho Branquinho - UNICAMP

Prof. Dr. Paulo Roberto de Sousa - PUCC

Profª. Drª. Regina Maringoni de Oliveira - FAJ

Profª. Drª. Renata Alvares Gaspar - PUCCAMP

Profª. Drª. Sabrina Toffoli Leite - Max Planck

Prof. Dr. Samuel Mendonça – PUCCAMP

Profª. Drª. Simone Tiemi Takeda Bicalho – Max Planck

Profª. Drª. Vanessa Cristina Cabrelon Jusevicius – FAJ

Profª. Drª. Vera Sonia Nunes da Silva - FAJ

Prof. Dr. Wilson José de Oliveira - Max Planck

Colaboradores

Assistente Técnico: Patrick Pereira

Secretária Assistente: Thays Cristina Rodrigues Dutra

Design Gráfico do Volume 24: Ariel Andrade

Apoio Técnico: Equipe Marketing Faj/Max Planck

Correspondência

Núcleo de Publicação

Campus II – Rodovia Adhemar de Barros – km 127 – Pista Sul

Tanquinho Velho – Jaguariúna – SP – 13820-000

(19) 3837-8500 e **e-mail** – intellectus@faj.br

http://www.revistaintellectus.com.br

ISSN 1679-8902

ÍNDICE

EDITORIAL.....2
PACETTA, Flávio Fernandes

ADOÇÃO TARDIA E SUAS CARACTERÍSTICAS.....7
BERNARDINO, Karine de Paula; FERREIRA, Carolina Iwancow

SAÚDE SEM LIMITE.....23
FRANCESCHINI, Marinella; OLIVEIRA, Marcia Silva; ASSOL, Maria Silvia

DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO.....28
FERREIRA, Carolina Iwancow; GODOY, Victor

RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO À IMAGEM NAS MÍDIAS SOCIAIS.....48
CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AMBIENTAIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....66
FERRARI, Tais Servilha; VEDOVATO, Luís Renato

CONSTITUIÇÃO LEGAL DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO E ASPECTOS CONTRADITÓRIOS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.....85
DOMINGUES, João Carlos Felicio

A PROPRIEDADE DE TERRAS RURAIS NO BRASIL E A RESTRIÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO.....97
SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo; VEDOVATO, Luís Renato

CONTRATOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DE INTEGRAÇÃO.....125
BEGALLI, Ana Silvia Marcatto

A PROBLEMÁTICA DA LITISPENDÊNCIA INTERNACIONAL.....143
ANGELINI, Maria Carolina Gervasio; MALVEZZI, Matheus Cardoso

JURIMETRIA – BUSCANDO UM REFERÊNCIAL TEÓRICO.....160
BARBOSA, Cássio Modenesi; MENEZES, Daniel Francisco Nagão

PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA.....186
FERREIRA, Alexandre Soares

A EDUCAÇÃO ARISTOCRÁTICA NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO: O LEGADO DE FRIEDRICH NIETZSCHE SOBRE SUPERAÇÃO.....223
ADAID, Felipe; MENDONÇA, Samuel

ISSN 1679-8902

Resenhas

DESVIO PRODUTIVO DO CONSUMIDOR - O PREJUÍZO DO TEMPO DESPERDIÇADO, DE MARCOS DESSAUNE.....249
FRANZOLIN, Cláudio José

ISSN 1679-8902

ADOÇÃO TARDIA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Late Adoptions and their Characteristics

BERNARDINO, Karine de Paula
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

FERREIRA, Carolina Iwancow
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo: A adoção é prática comum da vida em sociedade e em diferentes tempos seu significado sempre foi o da preservação do instituto familiar. Por questões emocionais ou sociológicas, muitos pais entregam seus filhos a pessoas conhecidas, que possuem melhor condição financeira. Em outros casos, as crianças vão parar em orfanatos esperando que alguma família a escolha. Entretanto, o futuro desta criança que deveria ser melhor passa a ser de sofrimento, pois por causa de sua idade já avançada não consegue uma família. Os candidatos à adoção preferem bebês, pois acreditam que terão menos problemas com a criança no decorrer do tempo.

Palavras-chave: adoção, adoção tardia, adoção direta

Abstract: Adoption is common practice of social life and its meaning in different times has always been the preservation of the institution of the family. By emotional or sociological issues, many parents give their children the familiar people, who have better financial condition. In other cases, children end up in orphanages waiting for a family to choose. However, the future of this child that would be better is now suffering because because of his advanced age has not a family. Candidates prefer to adopt babies because they believe they will have less problems with the child over time.

Keywords: adoption, late adoption, adoption direct

INTRODUÇÃO

A família é entidade presente nas relações humanas desde o período neolítico, em que o homem percebeu as vantagens de criar clãs e fixar moradia. A partir deste momento, a família se tornou o centro das relações sociais e principal fonte de cooperação para garantir a sobrevivência. O filho se tornou o membro responsável por continuar a família e proteger os mais velhos do ataque de outros clãs.

Com o inicio da família e a importância de um filho na mesma é que se iniciou a adoção. Com o passar dos séculos a adoção tomou grandes

ISSN 1679-8902

dimensões e alterou suas características, mas sua função continua a de fornecer uma boa qualidade de vida para as crianças e adolescentes. Família é o fundamento principal para a sociedade. Sua importância para uma vida de qualidade ficou expresso no momento em que a Declaração Universal dos Direitos Humanos postulou que é direito fundamental a não interferência na família, sendo livre a escolha da mesma.

No ordenamento jurídico brasileiro, antes do Código Civil de 2002, a única forma de família era a gerada pelo matrimônio de pessoas de gêneros diferentes. Os filhos tidos fora do casamento e os adotados eram tratados como ilegítimos. Afirma Eduardo Cambi (2005. p. 62) "O conceito de família do legislador de 1916 foi estruturado sob o modelo autoritário, hierárquico e transpessoal do poder marital e do pátrio poder."

Apenas em 1988 com a Constituição Federal teve fim a hierarquia sanguínea e os filhos se tornaram iguais, não mais importando sua origem. Tal afirmação constitucional vem reforçada no Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 20:

> "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação."

A palavra adoção vem da palavra latina *adaptio*, que significa "dar seu próprio nome a". Se buscarmos referencia em seu sentido literal veremos que a adoção é a escolha espontânea de acolher terceiro em sua família, como se desta fosse.

Ao buscarmos o conceito na doutrina nacional vemos que para Venosa (2005. p. 299) adoção é "modalidade artificial de filiação que busca imitar a filiação natural." Já para o professor Silvio Rodrigues (2007. p. 340) a adoção é "o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha". Veremos mais adiante que este conceito dado por Silvio Rodrigues não é sempre válido, pois pode haver adoção entre conhecidos.

ISSN 1679-8902

A adoção busca proporcionar às crianças, impedidas de estar no convívio familiar de laço sanguíneo, uma casa em que possa desfrutar de todos seus direitos

Tendo em vista o instituto da adoção, o presente trabalho busca proporcionar a visão do direito atual em relação à adoção de crianças e adolescentes, que após passarem a primeira infância com sua família natural, são obrigadas a conhecer e morar com uma nova família.

Para alcançar tal objetivo, será feito uma evolução histórica sofre a adoção e sua importância no Brasil, levando em consideração a Constituição com fundamento social que buscou a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente, como primeiro documento a se preocupar com esse grupo da população.

1. BREVE RELATO HISTÓRICO

1.1 PRÉ-ROMANA

A adoção tem raízes muito antigas. No Código de Hamurabi, a adoção já era aceita e considerada irrevogável a partir do momento em que o adotante, para o bem-estar da criança, despendeu dinheiro e atenção.

Na Bíblia, também há adoções narradas, como a de Manes por Jacó e Ester por Mardoqueu.

A idéia básica de adoção estava presente na Grécia Antiga. Baseava-se no caso de que se uma pessoa morresse sem ter tido nenhum filho, tradições como o culto aos deuses não teria continuação, por isso esta pessoa podia beneficiar-se da adoção. O adotado assumia o nome dos pais adotivos e herdava seus bens, características que chegaram até a atualidade.

1.2 ROMA

Em Roma houve três tipos diferentes de adoção: o primeiro era a *adoptio* que consistia na adoção de um incapaz para que desde cedo começasse a praticar os rituais e cultos realizados pelos adotantes

O segundo tipo era a *adrogatio* que se estendia a família do adotado. O Estado incentivava esse tipo de adoção para que o nome de uma família não fosse extinto.

ISSN 1679-8902

O terceiro tipo de adoção é chamada de *adoptio per testamentum*, que produzia efeitos pós-morte para a confirmação da cúria. Este tipo de adoção causou muitas discussões, mas, apesar disto, grandes imperadores tomaram o poder a partir dela, como Otavio Augusto, César Otavino, Tibério, Nero e Justiniano.

Durante o império de Justiniano o instituto da adoção tornou-se mais fácil, passando a necessitar apenas de manifestação de vontade de ambas as partes. Em seu código havia o conceito de adoção "*adoptio est actus solemnis quo in locum fili vel nepotis ad ciscitur quei natura talis non est*" (Adoção é o ato solene pelo qual se admite em lugar de filho quem por natureza não o é).

A mulher também ganhou o poder de adotar se a mesma tivesse perdido os filhos e com a mudança da visão social sobre a adoção, esta passou a ser uma alternativa para os casais estéreis.

1.3 IDADE MÉDIA

Com a liderança do Direito Canônico, a adoção entra em declínio, pois não se tornou parte da cultura medieval. Neste período a sociedade era basicamente dividida em camponeses, clero e nobres. Títulos importantes eram passados pelos laços de sangue. Naquela época era inadmissível que um camponês ganhasse o titulo de nobre, nos raros casos que ocorriam era necessário a autorização do príncipe para que um título fosse transmitido.

A adoção retomou seu status de importância somente em 1804 no Código de Napoleão, apesar de ser bem mais tímida do que era na Roma Antiga.

1.4 BRASIL

O Código Napoleônico influenciou o código brasileiro na implantação dos moldes da adoção. Entretanto, a preocupação com as crianças desamparadas vem desde o período colonial, como podemos ver em Ferreira e Carvalho (2002, p. 138):

> "(...) a primeira medida oficial sobre cuidados à infância carente no Brasil data de 1553, quando o Rei D. João II determinou que as crianças órfãs tivessem alimentação garantida pelos administradores da colônia.(...)"

ISSN 1679-8902

Logo depois surgiu as Santas Casas de Misericórdia, costume trazido de Portugal. Nestes lugares, cuidados por freiras, existiam as chamadas rodas dos expostos em que as mães colocavam seus filhos, tocavam o sino e iam embora sabendo que as crianças seriam cuidadas.

Essa medida foi tomada para diminuir os números de infanticídios, maus tratos e abandono seguido da morte da criança. Nas palavras de Justo (1997, p.71)

> "As instituições asilares comumente denominadas "Orfanatos", "Lar" ou "Casa da Criança" persistem ainda hoje, embora com menor expressão do que em outros tempos, como um dos lugares da infância, a saber, da infância daquelas crianças que, por diversos motivos, foram desalojadas da guarda e do amparo familiar."

Somente com o Código Civil de 1916 a adoção foi disciplinada, pelos artigos 368 a 378.

1.5 O CÓDIGO CIVIL DE 1916

Apenas pessoas com idade mínima de cinquenta anos e sem descentes legítimos poderiam adotar. Para a adoção conjunta era necessária a comprovação de matrimônio entre os adotantes.

Os deveres da família natural continuavam, apenas o pátrio poder era passado a família adotante. Uma característica importante neste código que difere do atual é que apenas eram levados em consideração os interesses do adotante, a adoção era vista como uma solução para aqueles que não tiveram filhos.

Somente em 1957 com a Lei 3.133 sancionada pelo presidente Juscelino Kubitschek, que a visão em relação ao instituto da adoção foi transformada, prevalecendo à ideia de proteção as crianças. A idade mínima para adotar passou para trinta anos, sendo que a diferença entre adotante e adotado deveria ser de dezesseis anos. Casais com filhos poderiam adotar e surgiu a possibilidade de adoção do nascituro desde que com o consentimento dos pais biológicos.

ISSN 1679-8902

2. O PÁTRIO PODER

O poder familiar tem origem na Roma Antiga e era exercido pelo homem, pai de família. Tal estrutura, podemos visualizar com o apontamento de Thomas Marky (2008. p. 153):

> "A organização familiar romana era fundamentalmente diferente da moderna. "Suas instituições básicas, parentesco, poder familiar, matrimônio e tutela tem princípios muitas vezes diversos dos nossos.""

Esse poder era sobre todos os aspectos da vida dos filhos, o pai tinha o direito de vender ou matar o próprio filho, prática essa comum nos casos de recém-nascidos com alguma deficiência.

Esse conceito foi se modificando com o tempo e no vigente Código Civil o pai e mãe têm direitos e obrigações sobre os filhos, até que esse atinja a total capacidade civil.

Os pais têm obrigação de dar total amparo aos filhos: alimentos, roupas, escolaridade e uma criação harmoniosa. Tudo isso sob o olhar do Estado. Há situações extremas em que o pátrio poder é extinto, suspenso ou destituído.

A suspensão ocorre quando ocorre o abuso de autoridade dos pais sobre os filhos. A extinção surge pela morte dos pais ou do filho, pela emancipação, pela maioridade e quando se efetiva a adoção. Ocorrerá a perda do pátrio poder em caso de castigo imoderado, maus tratos e abandono.

Tamanha é a gravidade de tais atos contra o filho, que os vemos tipificados no Código Penal em seus artigos 133 (Abandono de incapaz), 134 (Exposição ou abandono de recém-nascido) e 244 (Abandono material).

Ocorrendo uma dessas situações de negligência, o juiz destitui os pais de seu poder, neste caso alguém da família é solicitado para ficar com a guarda do menor. E se mesmo assim houver um caso fortuito, a criança é encaminhada para a adoção.

São estes os motivos para o grande número de crianças com idade avançada nas casas de apoio sem conseguir uma nova família, o Estado ao tirar essa criança de seu lar biológico não tem condições de oferecer uma vida saudável a ela.

Neste caso vemos o princípio da dignidade da pessoa humana sendo violado, pois as crianças perdem seu direito fundamental a uma família e uma

ISSN 1679-8902

boa condição de moradia. Tal princípio é o mais importante de nosso ordenamento e nos mostra a humanidade no outro. Nesse sentido Sarlet (2010, p.70) aponta o conceito deste reclamado princípio:

> "A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida."

Tendo em vista a qualidade de vida das crianças e adolescentes é que em 13 de julho de 1990 foi criado o Estatuto da Criança e do Adolescente.

3. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

A corrente pós-positivista ganhou força após a Segunda Guerra Mundial, momento histórico em que apenas as normas restritas não solucionavam o caso concreto, em alguns momentos até o tornava inadequado para a sociedade. Correntes jurídicas dando destaque à importância da axiologia ganharam apoio social e moldaram os fatos futuros do direito. As partes mais fracas da relação jurídica conquistaram amparo no ordenamento jurídico.

No Brasil, apenas com a Constituição de 1988 é que a norma - princípio amparou cada especificidade da sociedade. Foi apenas nesse marco histórico que as crianças e os adolescentes foram vistos como sujeitos de direitos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi publicado e surgiu após mais de uma década de discussões sobre o assunto. Sua função era regulamentar o artigo 227 da Constituição Federal, que diz:

> "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

ISSN 1679-8902

> familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (...)"
>
> "§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.
> § 5º - A adoção será assistida pelo Poder Público, na forma da lei, que estabelecerá casos e condições de sua efetivação por parte de estrangeiros.
> § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (...)"

A Lei nº. 8.069/90 extinguiu a adoção simples, destinada a menores em situação irregular e a legitimação adotiva. Concretizou uma única modalidade, chamada simplesmente de adoção. Como atual Código Civil também regula a adoção, cada caso concreto deve ser analisado para verificar qual instituto garantirá melhor os direitos do adotado. Nas palavras de Vargas (1998, p.25):

> "as mudanças introduzidas pelo ECA colocam a sociedade brasileira diante de um novo paradigma em relação à ótica e aos modos de ação quando se trata de Infância e Juventude. A Carta Constitucional, tanto como o Estatuto, traz avanços fundamentais quando passa a considerar a criança e o adolescente 1) sujeitos de direito; 2) pessoas em condições peculiares de desenvolvimento; e 3) de prioridade absoluta."

Este ano o ECA completou 23 anos e apesar de ainda não ter abrangido todas as crianças que dele necessitam, temos muito o que comemorar, pois o Brasil foi o primeiro pais da América Latina e um dos primeiros do mundo a dedicar-se tanto a resolver os problemas das crianças e adolescentes.

As grandes dificuldades da aplicação do Estatuto estão, principalmente, na própria sociedade que seja pelo desconhecimento ou apoiada em aspectos morais, impede que as crianças sejam beneficiadas com a Lei.

4. ADOÇÃO DIRETA

Esse tipo de adoção é mais chamada de dirigida ou consensual. Ela acontece quando os pais naturais decidem entregar seu filho para a adoção e

ISSN 1679-8902

escolhe as pessoas que irão adotá-lo. Vale ressaltar que os dois pais devem anuir , pois cabe aos dois o poder familiar.

A Lei da Adoção trata desse assunto mais largamente que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 166 esta disposto:

> "Se os pais forem falecidos, tiverem sido destituídos ou suspensos do poder familiar, ou houverem aderido expressamente ao pedido de colocação em família substituta, este poderá ser formulado diretamente em cartório, em petição assinada pelos próprios requerentes, dispensada a assistência de advogado."

Mencionada lei afirmou que apenas poderiam adotar aqueles que possuíssem seus dados no Cadastro Nacional de Adoção, respeitando a fila para as entrevistas e o encontro com as crianças. Contudo, caso o magistrado entenda que já existe um grande vinculo entre os adotantes e a criança, tal modalidade de adoção pode ser aceita. A adoção deverá sempre atender aos interesses do adotado para que seja completo o vínculo afetivo com a nova família e assim a criança possa se desvincular da família biológica.

Além do afeto mutuo se faz necessário o consentimento e expressa declaração de vontade dos pais naturais para que seus filhos sejam adotados pela família escolhida.

Pessoas que estão aptas a adotar, de acordo com a Lei da Adoção, são aquelas maiores de 18 anos, independente do estado civil, desde que a diferença entre o adotado e o adotante seja de no mínimo 16 anos. Lembrando-se que não existe adoção por procuração e que não se pode adotar ascendentes, nem irmãos.

O artigo 39 da Lei de Adoção de 2009, em seu parágrafo primeiro diz:

> "§ 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural(...)."

Uma vez completa a adoção ela não pode ser revogável, mesmo em caso de morte dos pais adotivos, pois o pátrio poder é dado ao adotante no momento da adoção.

ISSN 1679-8902

É explícita no artigo supramencionado a preocupação do legislador de fazer-se esgotar todas as possibilidades da criança ficar com sua família biológica. O que é tutelado é o bem-estar da criança, tanto no âmbito físico e emocional, julgando ser melhor para ela, *a priori,* estar com a família que a gerou. Esse aspecto se torna mais amplo no caso da adoção tardia já que a criança e o adolescente passaram grande parte de sua vida com os pais biológicos, por isso,

Na adoção consensual o vínculo emocional entre a criança e sua mãe fica muito difícil de ser rompido. O perfil das mães que entregam seus filhos nesses termos são mulheres que não tinham condições financeiras de criá-los, porque não tinham apoio familiar ou porque já tinham filhos e não poderiam cuidar de mais uma criança. Dessa maneira, é comum que ela ainda queira ter contato com seu filho, porém essa atitude pode ser prejudicial à criança que não consegue se libertar emocionalmente da antiga família. Os casais que adotam essas crianças são na maioria das vezes aqueles que não agüentam o tempo de espera da adoção comum e acabam adotando o recém-nascido de alguém que eles conhecem.

5. ADOÇÃO TARDIA E SUAS DIFICULDADES

O ato de adotar uma criança, sempre vem repleto de expectativas: concretização de uma família completa, relação de carinho, ser chamada de ‘mãe’, de ‘pai’, educar e seguir o crescimento de uma criança, enfim, são inúmeras as expectativas envoltas ao ato de adoção.

Quando casais vão entrar com o processo de adoção, essas expectativas já estão personificadas na imagem de um bebê recém-nascido, é um mito muito forte na sociedade em geral que uma família só pode ser completamente feliz e bem-sucedida se a criança adotada tiver idade inferior a dois anos.

O medo de que uma adoção não atinja plenamente o sonho dos pais adotivos é constante. A ideia da criança não se adaptar aos novos pais, a nova educação que irá receber, faz com que as que tiverem mais de dois anos sejam consideradas “velhas” para serem adotadas e acabam ficando nos orfanatos e casas de apoio. Em muitos casos a criança nunca consegue pais adotivos e fica nos orfanatos até completar dezoito anos.

ISSN 1679-8902

Essa desmistificação da adoção tardia é um dos maiores problemas para o Estado implantar uma nova cultura da adoção no país, como demonstra Vargas (1998, p. 35)

> "Ou foram abandonadas tardiamente pelas mães, que por circunstâncias pessoais ou socioeconômicas, não puderam continuar se encarregando delas ou foram retiradas dos pais pelo poder judiciário, que os julgou incapazes de mantê-las em seu pátrio poder, ou, ainda, foram 'esquecidas' pelo Estado desde muito pequenas em 'orfanatos' que, na realidade, abrigam uma minoria de órfãos [...]."

Pesquisas realizadas pela psicóloga Mestre da Universidade Federal da Paraíba, Surama Gusmão Ebrahim (2001, p. 73-80) apontam as características dos adotantes no país no ano de 2000. Segundo essa pesquisa 66,7% das mulheres que são adotantes tardias são casadas, contra 91,9% das adotantes convencionais. A média de idade dessas mulheres é de 37,78 para as adotantes tardias e 35, 34 para as convencionais, os pais adotivos também tem uma significativa diferença de idade de 42,06 para os homens que adotam uma criança mais velha, contra 38,26 para os que preferem adotar bebês. Nesse contexto, podemos concluir que as pessoas que preferem a adoção tardia tem uma média de idade superior e não são casais.

A pesquisa de Ebrahim, também aponta que pessoas de maior instrução, são as que optam pela adoção tardia, 74,1%, e aquelas que possuem uma melhor condição econômica, sendo 40,7% das pessoas que ganham mais de 20 salários mínimos.

A adoção tardia não é um processo fácil, os pais adotivos devem ter paciência com a criança, pois essa necessita fazer o processo de apego e ligação com a mãe e o pai outra vez e se esse processo com os pais biológicos foi traumático, esta criança pode ter certa dificuldade de aceitar os novos pais, como afirma Justo (1997, p. 72-73)

> "o drama central da vida da criança institucionalizada incide, justamente, sobre os referenciais em relação aos quais possa criar sua própria identidade pessoal e ancorar as diferenciações básicas enumeradas de sua singularidade e de sua localização no mundo. Como é sabido, a identidade pessoal é criada a partir de diferenciações progressivas entre o "Eu" e o "não Eu",

ISSN 1679-8902

> centradas nas experiências com o próprio corpo, com os objetos do mundo físico e com as pessoas constitutivas do círculo de relações psicossociais do sujeito. [...]"

Quando a experiência da criança na família biológica foi de maus-tratos, abandono psicológico, negligência ou abuso sexual, ela passará por um momento de reação agressiva contra os pais adotivos pelo medo de tudo que ela passou se repita. Os novos pais devem estar preparados e amparados psicologicamente para lidar com a fase de adaptação da criança ao novo lar. Passada essa fase, é instaurada a harmonia na família e todos os medos tanto dos pais, quanto da criança acabam e eles constituem uma família.

6. ABANDONO AFETIVO

A dignidade da pessoa humana é direito próprio do homem desde o momento de sua concepção. É valor inerente ao ser que permite a caracterização como humano. Devido as grandes diferenças culturais e religiosas entre os povos, a dignidade é conceito de difícil positivação. Dessa forma, devemos tratá-la como conjunto de princípios éticos, morais e jurídicos que nos permitem ter uma vida plena e harmônica. Nas palavras de Alexandre de Moraes (2005, p.16):

> "Ao Estado cabe o dever de garantir a justiça e direitos de liberdade individual. A dignidade da Pessoa Humana atribui unidade aos direitos e garantias fundamentais, inerente às personalidades humanas afastando a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em função da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral intrínseco da pessoa, que se manifesta singularmente na sua autodeterminação consciente e responsável, trazendo consigo a pretensão ao respeito das demais pessoas, edificando um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, todavia sem menosprezar o merecimento das pessoas enquanto seres humanos."

Faz parte da dignidade o direito de nascer e crescer em uma família saudável. Apenas a garantia de moradia e alimentação não esgota as necessidades que uma criança possui para se desenvolver. Baseado nesta idéia é que surge a compreensão de que a família como instituição deve promover a atenção e amor necessários para não ocorrer traumas psicológicos.

ISSN 1679-8902

Nas palavras de Marcia Elena De Oliveira Cunha podemos entender o afeto como “um aspecto subjetivo e intrínseco do ser humano que atribui significado e sentido à sua existência, que constrói o seu psiquismo a partir das relações com outros indivíduos.” Devido a sua natureza personalíssima, não podem ser renunciado o direito ao afeto e muito menos retirado da espera da criança.

A criança que foi adotada tardiamente, sofre grandes prejuízos em sua formação psicologia, pois o elo de afetividade é quebrado e em muitos casos não é reparado pela nova família. Por não ter a opção de nascer, não pode a criança ser culpabilizada pelas razoes de sua origem, sendo obrigação dos pais o amparo emocional.

A obrigação de cuidar dos filhos é descrita no artigo 229 da Constituição Federal e a sua omissão pode ser causa de responsabilidade civil. No artigo 927 do Código Civil está expresso que aquele que causar dano ílito tem a obrigação de reparar. Dessa forma, visto que o afeto é causa de dano moral direito, visto sua natureza personalíssima, cabe reparação nos casos que os pais são responsáveis. O abandono de uma criança que já foi capaz de criar laços com a família natural é caso de responsabilidade civil baseada na negligencia que ocorre na relação pais e filhos. É caso para reparação de dano extrapatrimonial que afetou diretamente a honra e a imagem da criança ou adolescente. Para Arnaldo Rizzardo (2001, p. 29-30):

> “[...] o dano se caracteriza como a diminuição ou a subtração de um bem jurídico. E o bem jurídico é constituído não só de haveres patrimoniais e econômicos, mas também a honra, a vida, a saúde, o sofrimento, os sentimentos, a tristeza, o pesar diante da perda de um parente.”

A restituição do dano causado pelos genitores busca reparar a tristeza causada pelo abandono, porém tal restituição não pode ser completa. Cabe a todos o entendimento de que a criança adotada merece toda atenção e amor para conseguir criar novos laços sentimentais e não sofrer com a separação da família consanguínea.

ISSN 1679-8902

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A adoção desde os seus primórdios é vista como a solução para a solidão, para uma família feliz, para a realização de uma mulher que perdeu um filho, para um casal que não pode ter filho. Mas e os interesses da criança, o que ela deseja, o que ela quer fazer, com quem ela quer morar, o futuro dela.

O desejo de adotar para suprir seus próprios desejos faz com que crianças que não estão no perfil 'ideal', fiquem para trás enquanto outras que se encaixam sejam rapidamente adotadas.

É comprovado que crianças de até dois meses, brancas e sem nenhuma doença ou herança genética ficam no máximo um mês nas instituições de amparo aos menores. Enquanto que pardas, negras, doentes ou com alguma deficiência podem ficar anos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos diz que somos todos iguais e possuidores dos mesmos direitos. Somente quando a sociedade mudar sua cultura e perceber que são as crianças que precisam de um lar e não os pais é que precisam de um filho, as situações das crianças e adolescentes que estão a espera uma nova família irá se transformar.

Tendo em vista a nossa Constituição Brasileira e o princípio da dignidade da pessoa humana, fica impossível aceitar a realidade das crianças e adolescentes abandonadas em abrigos espalhados pelo país. A garantia do pleno direito de saúde, física e psicológica, e de educação é dever do Estado.

Toda criança possui o direito de ser adotada, não importando sua idade, cor ou condições físicas.

A cultura atual da adoção vem atrapalhando os avanços jurídicos e prejudicando o futuro de crianças que foram impedidas de viver num ambiente familiar biológico saudável. Maus tratos, negligência, abusos e abandono são a realidade das crianças e adolescentes de nosso país. Somente com um olhar social focado nelas é que essa situação pode tomar rumos diferentes.

ISSN 1679-8902

A atual Lei de Adoção obriga o cadastro prévio e burocrático de casais e solteiros que queiram adotar, porém a demora é muito longa. Devido à exaustiva espera, cada dia se faz mais comum à adoção direta, que é muito prejudicial para as crianças, pois não conseguem se desvincular de seus pais biológicos.

Faz-se necessárias políticas públicas e ações afirmativas para transformar a visão social sobre essas crianças, o Estado deve buscar em primeiro lugar o bem estar daqueles são o futuro de sua nação.

REFERÊNCIAS

CAMARGO, M. L. **A adoção tardia no Brasil: desafios e perspectivas para o cuidado com crianças e adolescentes.** In: *Proceedings of the 1th Simpósio Internacional do Adolescente,* 2005, São Paulo (SP) [online]. 2005

CAMBI. E. **A adoção no contexto do conflito entre os direitos fundamentais à privacidade e à liberdade de expressão da imprensa**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2005.

CUNHA, M. N. F. **A dignidade da pessoa humana e a efetivação da justiça.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 103, ago 2012.

CUNHA, M. E. O. **O Afeto face a Dignidade da Pessoa Humana e seus efeitos jurídicos no Direito de Família**. Disponível em: < http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=482 >. Acesso em: 03 de dezembro de 2013

DALLARI, D. A. **Direitos humanos e cidadania**, São Paulo, Moderna, 2001.

EBRAHIM**,** S. G. **Adoção Tardia: Altruísmo, Maturidade e Estabilidade Emocional.** Psicologia: Reflexão e Crítica, 2001, 14(1), p. 73-80

FERREIRA, M. R. P; CARVALHO**,** S.R**. 1º guia de adoção de crianças e adolescentes no Brasil: novos caminhos, dificuldades e possíveis soluções**. São Paulo, Winners, 2002.

JUSTO, J. S. **A institucionalização vivida pela criança de orfanato**. In: MERISSE, A. *et* al. **Lugares da Infância**: reflexões sobre a história da criança na fábrica, creche e orfanato. São Paulo: Arte & Ciência, 1997, p. 71-92.

MARKY, T. **Curso elementar de direito romano**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, A. de - **Direito Constitucional** – 17ª edição – Editora Atlas, 2005

NUNES, L. A. R. **Manual da monografia jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

RIZZARDO, A. **A reparação nos acidentes de trânsito**. Apud. PARIZATO, J. R. Responsabilidade Civil em Acidentes de Trânsito. 3ª ed. Minas Gerais: EDIPA, 2001.

RODRIGUES, S**. Direito de família**, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2007,

SARLET, I.W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2010, p. 70

SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20ª edição São Paulo: Malheiros -2002

ISSN 1679-8902

VARGAS**.** M.M. **Adoção tardia: da família sonhada a família possível**, São Paulo, Casa do psicólogo, 1998.
VENOSA, S. S**. Direito Civil: Direito de Família**. 5.ed. v.6. São Paulo: Atlas, 2005..

Sobre os autores

Carolina Iwancow Ferreira: Doutoranda e Mestre em Direito Internacional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Possui experiência em escritórios nacionais e internacionais, nas áreas do Direito Internacional e Empresarial. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil e Portugal. Sócia do ramo brasileiro da *International Law Association.* Docente das disciplinas de Direito Empresarial e Práticas Jurídicas da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Autora da Obra: *Arbitragem Internacional e sua Aplicação no Direito Brasileiro* (2011). E-mail: carolina@iwancow.adv.br. Home Page: www.iwancow.adv.br. Endereço Profissional: Rua Maria da Encarnação Duarte, 484, Chácara da Barra, Campinas/SP, CEP 13.090-766. Telefones: (11) 98361.9435 e (19) 98109.0177.

Karine de Paula Bernardino: Discente do 10º Semestre do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas). Endereço: Rua Breno Duarte de Souza Camargo, 82, Vila Teixeira, Campinas/SP, CEP 13.032-362. Telefones: (19) 3273.3773 e (19) 99287.439. E-mail: karinepbernardino@hotmail.com

ISSN 1679-8902

SAÚDE SEM LIMITE

Health Unlimited

FRANCESCHINI, Marinella

Faculdade Max Planck

OLIVEIRA, Marcia Silva

Faculdade Max Planck

ASSOL, Maria Silvia

Faculdade Max Planck

RESUMO: Este artigo aborda os contratos privados de planos de saúde no Brasil na questão referente ás cláusulas existentes sobre a cobertura de serviços em situações de emergência/urgência imediatamente após sua contratação. A legislação que disciplina o assunto contraria o direito constitucional à saúde e torna polêmico o fato de um contrato de adesão atentar contra a dignidade da pessoa humana ao aplicar limitações e restrições, observando apenas a rigorosidade do “pacta sunt servanda” e ignorando a boa fé objetiva e a função social do contrato.

Palavras-chave: Contrato, saúde, emergência.

ABSTRACT: This article discuss the private health plans contracts in Brazil on the question referring to the existing clauses on the coverage of services in emergency/urgent needs, immediately after the hiring/initial phase. The legislation that regulates the subject is contrary to the constitutional right to health and makes it a controversial matter, considering that a initial membership contract is being offensive to the human person´s dignity when its applying limitations and restrictions - noting only the rigor of "pacta sunt servanda" and ignoring the good faith and the social function of the contract.

Key-words: Contract, health, emergency.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem como intenção a proteção relacionada com um direito indisponível da pessoa humana: o direito à saúde, na tentativa de impedir que estes contratos atentem contra o direito à vida.

ISSN 1679-8902

A Lei Federal nº 9656/98, que regula os planos de saúde no Brasil, estabelece que os contratos devem fixar períodos de carência de no máximo 24 horas para cobertura de serviços em casos de emergência e urgência.

Primeiramente vamos esclarecer os significados das palavras emergência e urgência, etimologicamente, assim define o dicionário Houaiss:

"Emergência é uma situação grave, perigosa, momento crítico ou fortuito; contingência".

Urgência é uma "situação crítica ou muito grave que tem prioridade sobre outras; emergência".

Empregadas num contexto relacionado à medicina, esses termos são diferentes pois a palavra emergência possui relação com risco de morte iminente, e urgência relaciona-se a procedimentos que não podem esperar, tem de ser rápidos a fim de evitar a piora do quadro clínico do paciente.

Na atualidade, a maior polêmica em relação à abusividade das cláusulas contratuais dos planos de saúde vem ocorrendo com relação ao disposto na Resolução 13/98 do CONSU, artigo 2º, § único da Agência Nacional de Saúde (ANS), que estabelece:

> "Art. 2º - O plano ambulatorial deverá garantir cobertura de urgência e emergência, limitada até as primeiras 12 (doze) horas do atendimento".
>
> "Parágrafo único. Quando necessária, para a continuidade do atendimento de urgência e emergência, a realização de procedimentos exclusivos da cobertura hospitalar, ainda que na mesma unidade prestadora de serviços e em tempo menor que 12 (doze) horas, a cobertura cessará, sendo que a responsabilidade financeira, a partir da necessidade de internação, passará a ser do contratante, não cabendo ônus à operadora."

Esta legislação é o principal, senão o único fundamento utilizado pelos Planos de Saúde para dar a negativa de cobertura para tratamentos de clientes que apresentam estado emergencial ou urgente.

No entanto o fundamento apresentado de que, a competência para regulamentar as regras do referido artigo legal é de exclusividade da ANS, não pode ser levado em conta quando, ao exercer esta atribuição, a referida

ISSN 1679-8902

Agência toma como base os limites impostos por regras legais superiores já existentes. A Constituição Federal não permite qualquer tipo de restrição ou limitação no tocante ao direito à saúde e a dignidade humana de modo geral e, portanto, inclusive nos casos de urgência/emergência, o que torna estas cláusulas nulas de pleno direito.

Os chamados “contratos de adesão” tentam se valer do período de carência para fugir a responsabilidade do que podemos denominar de “obrigação assistencial”. O código do Consumidor prevê em seu art. 54:

> “Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente, ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Para que se possa atingir a função social do contrato, os negócios jurídicos devem sempre ser analisados de acordo com o meio social em que estão inseridos.

O contrato não pode resultar em onerosidade excessiva, desproporções e injustiça social. Também não pode violar interesses individuais relacionados com a proteção da dignidade humana, na realidade.

Sua principal função é a de atender às pessoas e preservar os interesses da coletividade.

Por estas razões torna-se necessária a utilização de mecanismos que favoreçam ao consumidor, levando assim um equilíbrio e uma igualdade material á relação contratual.

Neste sentido nossa jurisprudência consolidou através da Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que “a operadora de plano de saúde, que presta serviços remunerados de assistência à saúde da população tem sua atividade regida pelo Código de Defesa do Consumidor.”

Desta forma o contrato passa a ser um instrumento à disposição dos indivíduos na sociedade de consumo, agora limitado e regulado para que alcance a sua função social.

ISSN 1679-8902

Carência X Emergência

O artigo 12, inciso V, "c", da Lei Federal 9.656/98, determina que a carência para cobertura de urgência e emergência deverá ter o prazo máximo de 24 horas para a cobertura, o que torna inaplicável as limitações contidas na Resolução 13/98. O que se entende deste artigo é que os planos e seguros de saúde devem responder, sem restrições, pelas despesas médico-hospitalares em caso de urgência/emergência com risco iminente de vida do segurado, prevalecendo o prazo de carência de 24 horas conforme determina a Lei 9.656/98.

Deste artigo, devemos entender que a intenção do legislador foi a de assegurar a cobertura plena, sem restrições, do atendimento de urgência ou emergência aos adquirentes de plano de saúde, mesmo que durante o período de carência inicial de seus contratos, pois não se pode prever e nem limitar temporalmente se o segurado irá necessitar de atendimento do segurado em situação de emergência ou de urgência.

Os tribunais brasileiros estão adotando decisões que tendem a pacificar a legislação ilegal existente, determinando que as empresas privadas operadoras de plano de saúde dêem cobertura total de todas as despesas decorrentes da internação do segurado nos casos de urgência e emergência, com a intenção de não permitir que as operadoras exijam o estrito cumprimento das cláusulas contratuais simplesmente para afastar sua obrigação de dar cobertura às despesas necessárias ao restabelecimento da saúde do segurado e assim desrespeitando os direitos dos usuários.

Considerações Finais

Como vimos, existe uma nova visão quanto à interpretação de cláusulas nos contratos de adesão dos planos de saúde segundo a qual, caso seu conteúdo não seja claro suficiente, sua interpretação se dará da forma mais favorável ao consumidor.

Chegamos a uma situação real em que não é mais possível aceitar o argumento de que tudo o que consta em um contrato de adesão deve ser aceito, pois a força obrigatória dos contratos deve ser limitada com o objetivo de assim garantir a função social do contrato.

ISSN 1679-8902

O direito privado, regulado pelo Código Civil e por outros estatutos legais, não pode e nem deve ficar alheio àquilo que afronta conteúdo expresso na Constituição Federal. Para isto, todos os demais princípios relativos ao direito privado, tais como o da função social do contrato e o da boa-fé objetiva, devem estar em consonância com os fundamentos constitucionais para sempre garantir que seja resguardada acima de tudo a dignidade da pessoa humana.

Referências

BRASIL. **Constituição [da] Republica Federativa do Brasil (1988).** Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. **Decreto-Lei n.°4.657, de 04 de setembro de 1941**. Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 09 set., 1942.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set., 1990.

BRASIL. **Lei n.°9.656, de 03 de junho de 1988**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Diário Oficial [da] Republica Federativa do Brasil. Brasília, DF, 04 jun., 1998.

AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE. Resolução **do Conselho de Saúde Suplementar - CONSU n. 13**, de 03 de novembro de 1998, publicada no DO nº 211 – em 04/11/1998. Disponível em www.ans.gov.br/texto_lei.php?id=300. Acesso em 22/08/2012.

Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Antônio Houaiss. Disponível em: http://houaiss.uol.com.br/busca.jhtm. Acesso em 02/10/2012.

SILVA, J. C. B.; **Contratos privados de assistência a saúde. Generalidades e responsabilidade administrativa e civil das operadoras**. JUS NAVEGANDI, Teresina, ano 16, n. 3102, 29 dez 2011. Disponível em: <http://www.jus.com.br/revista/texto/20732>. Acesso em 21/08/2012.

MENDES, P. P. M.; **Contratos de Planos de Saúde**. Disponível em: http://www.ans.gov.br/main.jsp?lumPageId=8ª95886526578F9301266BDOAOC943A2. Acesso em 21/08/2012.

TORRES, F. C. D.; **A prática ilegal e abusiva dos planos de saúde**. CONSULTOR JURÍDICO. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2012-fev-16/pratica-ilegal-abusiva-planos-saude-resolucao-unilateral. Acesso em 22/08/2012.

Sobre o autor

Email: marinellafa@yahoo.com.br

ISSN 1679-8902

DIREITO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS EM CASOS DE ABANDONO AFETIVO

Right To Compensation For Moral Damages In Cases Of Affective Abandonment

FERREIRA, Carolina Iwancow
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

GODOY, Victor Patutti
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo: O presente artigo tem por finalidade discutir a possibilidade e viabilidade jurídica de indenização por danos morais diante da ocorrência do abandono afetivo dos pais em relação aos seus filhos. Para tal, foi elaborada uma minuciosa análise dos dispositivos legais presentes na legislação brasileira acerca do tema, desde o conceito de responsabilidade civil e indenização, até a sua aplicação nos casos em estudo, além da apresentação de jurisprudência relacionada ao tópico. Diante de recente julgado do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo tal possibilidade, tornaram-se mais acentuados os debates sobre o assunto no âmbito jurídico, de modo que é conveniente aprofundar-se nessa discussão.

Palavras-chave: Responsabilidade civil; Indenização; Dano moral; Poder familiar; Abandono afetivo.

Abstract: This article pretends to discuss the possibility of legal compensation for moral damages in front of occurrence of affective abandonment of parents in relation to their children. To this end, we present a detailed analysis of the legal provisions presented in the Brazilian law about the subject, since the concept of civil responsibility and indemnity to its application in the cases under study, besides the presentation of case law related to the topic. Given the recent decision of the Supreme Court recognizing this possibility, the debates in this subject law became more accentuated, so it is convenient to deepen this discussion.

Keywords: Civil responsibility; Indemnification; Moral injury; Family power; Affective abandonment.

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da questão da responsabilidade civil por abandono afetivo tomou maior espaço no cenário jurídico após a decisão da ministra Nancy Andrighi, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça - STJ, em

ISSN 1679-8902

24 de abril de 2012[1]. Esse julgado repercutiu por condenar um pai a pagar indenização de duzentos mil reais à filha que alegava ter sido vítima de abandono material e afetivo após o reconhecimento judicial da paternidade. A filha dizia receber um tratamento diferenciado em relação aos seus irmãos originários de outro casamento do pai.

A ministra, que baseou sua decisão na frase "amar é faculdade, cuidar é dever", reformou a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo, cuja condenação foi de quatrocentos e quinze mil reais, admitindo a indenização, porém considerando o valor exagerado. Em primeira instância, o pedido havia sido julgado improcedente.

Tal acórdão contrariou jurisprudência da Quarta Turma do STJ, de 2005[2], que afirmava não haver possibilidade de dano moral por abandono afetivo.

Diante desse caso específico e da já existente controvérsia doutrinária e jurisprudencial, acentuou-se tal discussão em diversos pontos. Deve ser reconhecido o dano moral nos casos de abandono afetivo? Se sim, existe algum limite para o valor da indenização? Com a rápida mudança e variedade de valores e visões que o Direito está enfrentando, certamente essa é uma questão subjetiva e que ainda será alvo de grande impasse entre os teóricos e aplicadores dessa ciência.

Com o referido acórdão do STJ e sua enorme repercussão na mídia, o debate sobre o cabimento ou não de indenização por danos morais frente a casos de abandono afetivo e seu respectivo *quantum* foi além dos tribunais e das discussões doutrinárias, despertando o interesse de toda a população. Desse modo, tornou-se ainda mais relevante adentrar nessa questão, a fim de tentar-se alcançar um equilíbrio entre os interesses que estão em jogo e, assim, permitir que o Poder Judiciário intervenha em relações familiares tão delicadas do modo mais justo possível.

[1] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.159.242 - SP (2009/0193701-9), da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 24 de abril de 2012.

[2] BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 75.411 - MG (2005/0085464-3), da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 22 de novembro de 2005.

ISSN 1679-8902

RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL

A noção de responsabilidade civil provém da necessidade de obrigar o indivíduo a reparar determinado dano que causou por uma conduta ilícita. De acordo com Sílvio Rodrigues, baseando-se em Savatier, "a responsabilidade civil é a obrigação que pode incumbir uma pessoa a reparar o prejuízo causado a outra, por fato próprio, ou por fato de pessoas ou coisas que dela dependam"[3].

De forma mais aprofundada, De Plácido e Silva define responsabilidade civil como:

> "Dever jurídico, em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções legais, que lhe são impostas. Onde quer, portanto, que haja obrigação de fazer, dar ou não fazer alguma coisa, de ressarcir danos, de suportar sanções legais ou penalidades, há a responsabilidade, em virtude da qual se exige a satisfação ou o cumprimento da obrigação ou da sanção[4]."

Costuma-se definir como elementos da responsabilidade civil a conduta, nexo de causalidade, dano e culpa. Conduta, de modo simplificado, é a ação ou omissão do indivíduo. O nexo de causalidade caracteriza-se pela relação direta entre a conduta e o seu resultado, ou seja, este deve ser produto daquela. O dano, por sua vez, é a necessidade de que haja um prejuízo para a vítima resultante dessa conduta ilícita. A culpa, por fim, exige a existência de responsabilidade do agente na ocorrência da conduta, seja por negligência, imprudência, imperícia ou dolo.

Esse instituto costuma ser dividido em duas espécies: a responsabilidade civil subjetiva e objetiva. A primeira exige a prova da culpa do agente para que ele seja obrigado a efetuar a reparação civil. A segunda, entretanto, dispensa essa condição, determinando que haja tal reparação mesmo sem a culpa do agente.

Em relação ao dano moral, o artigo 5º da Constituição Federal prevê que:

---

[3] SAVATIER, R.; *Traité de La Responsabilidade Civile,* Paris, 1939, v.I, *apud* RODRIGUES, Silvio. *Responsabilidade Civil.* 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.6.
[4] SILVA, P.; *Vocabulário jurídico.* Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. IV, p. 125.

ISSN 1679-8902

> "Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.
> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;
> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Sobre o artigo transcrito, que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais previstos constitucionalmente aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, vale ressaltar que tal proteção é atribuída a todos, "sem distinção de qualquer natureza".

O indivíduo que sofre lesão não deve ficar inerte em relação ao violador. A fim de assegurar o direito de ação e a tutela jurisdicional da vítima, a legislação brasileira possui um rol de dispositivos para garantir os seus direitos, a reparação do dano e a punição do agente.

Conforme os já transcritos incisos V e X do artigo 5º da Constituição Federal Brasileira, é garantido o direito de indenização em casos de violação de direitos. Esta indenização pode ser moral, material ou à imagem.

A indenização por danos morais pode ser definida como uma reparação a qualquer espécie de situação resultante em ofensa, humilhação ou sofrimento a alguém.

Conforme preceituam os artigos 927 e 186 do Código Civil:

> "Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (...), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
> (...)
> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito."

Percebe-se, portanto, que a conduta pela qual se pratica "ação voluntária que viola direito de outrem" e, com isso, constitui um ato ilícito, obriga o agente a realizar uma reparação.

Um instituto importante da indenização é a culpa concorrente, que resulta na divisão proporcional de responsabilidade civil entre vítima e agressor, no caso de ambos terem concorrido de alguma forma para que o delito se consumasse. Já na esfera penal, não é permitida a compensação de culpas, conforme explica Mirella Karen de Carvalho Bifano Muniz:

ISSN 1679-8902

> "Neste caso há culpa concorrente, que no âmbito cível tem o condão de dividir a responsabilidade entre os sujeitos, diferentemente do que ocorre no direito penal, no qual, como é cediço, não se admite a compensação de culpas. Com efeito, na esfera cível, acontecendo o evento danoso por culpa também da vítima, se houver algo a indenizar, o montante será repartido entre o agente e o ofendido, na proporção que for justo. A responsabilidade do ofensor é atenuada, eis que o evento ensejador do dano provém tanto de sua culpa quanto de culpa da vítima.[5]"

O acima exposto possui previsão legal em dispositivo do Código Civil, como se verifica a seguir:

> "Art. 945. Se a vítima tiver concorrido culposamente para o evento danoso, a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano."

É a explicitação da já citada compensação de responsabilidade, afirmando que a indenização da vítima será definida de acordo com o nível de culpa que teve na consumação do ato ilícito de que foi vítima.

FAMÍLIA E PODER FAMILIAR

A família é uma entidade reconhecida e protegida constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro, como pode ser observado a seguir:

> "Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> § 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
> § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas."

Sendo assim, a família é considerada a "base da sociedade", sendo a responsável pelo desenvolvimento dos indivíduos através dos vínculos existentes entre seus membros.

[5] MUNIZ, M. K. C. B.; *Aspectos relevantes acerca do assédio moral e assédio sexual no Direito do Trabalho*. Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/36075>. Acesso em: 07jan. 2013.

ISSN 1679-8902

Acerca do assunto, traz Claudete Carvalho Canezin, em obra coordenada por Flávio Tartuce e Ricardo Castilho:

> "A família é base da sociedade, o início do núcleo social, e por isso o próprio ordenamento confere proteção especial à família, consagrado no artigo 226 da Constituição Federal. O conceito de família é considerado de forma ampla, desvinculando-se de um papel adstrito à consanguinidade e à proteção apenas para o casamento civil ou religioso com efeitos civil.[6]"

Estritamente relacionado a esse conceito temos o poder familiar, que constitui um capítulo próprio no Código Civil Brasileiro, apresentando-se a partir do artigo 1.630: "Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores".

Pode ser definido como o

> "(...) conjunto de obrigações que os pais estão sujeitos, no que concerne aos filhos menores e seus bens. Este instituto salvaguarda a categoria de filhos menores sem comportar nenhuma exceção, ou seja, o pátrio poder oferece respaldo aos filhos legítimos, legalmente reconhecidos e adotivos."[7]

Nas palavras de Sílvio Rodrigues, é "um instituto de caráter eminentemente protetivo em que, a par de uns poucos direitos, se encontram sérios e pesados deveres a cargo de seu titular"[8]. Tais deveres serão estudados no próximo capítulo.

Conforme o artigo 1.635 do Código Civil em vigor, existem algumas hipóteses em que se extingue o poder familiar. São elas: a morte dos pais ou do filho; a emancipação ou maioridade do filho; a adoção; ou decisão judicial.

DEVERES DOS PAIS EM RELAÇÃO AOS FILHOS E CONSEQUÊNCIAS DE SUAS INFRAÇÕES

Os deveres dos pais para com seus filhos no exercício do poder familiar estão definidos nos artigos 227 e 229 da Constituição Federal Brasileira. De acordo com esses artigos, a família, sociedade e Estado devem assegurar aos menores "o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação,

[6] CANEZIN, C. C.; TARTUCE, F.; CASTILHO, R.; *Direito Civil – Direito Patrimonial, Direito Existencial.* São Paulo: Ed. Método, 2006, p. 738.
[7] SILVA, N. M. A.; *Abandono afetivo paterno e responsabilidade civil na relação de filiação.* 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas. 2008.
[8] RODRIGUES, S.; *Direito Civil: direito de família.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 397.

ISSN 1679-8902

ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária", colocando-os "a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão". Cabe também aos pais "o dever de assistir, criar e educar os filhos menores".

Tais deveres estão elencados, também, no Código Civil em vigor. A saber:

> "Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:
> I - dirigir-lhes a criação e educação;
> II - tê-los em sua companhia e guarda;
> III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
> IV - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivo não puder exercer o poder familiar;
> V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;
> VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
> VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição."

Ainda sobre o tema, preconiza o artigo 22 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente): "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais". O artigo 4º da mesma lei ainda aponta o dever de garantir:

> "(...) a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária."

Verifica-se, portanto, a que Sílvio Rodrigues se referia como "sérios e pesados deveres" no trecho supracitado. Aquele que exerce o poder familiar torna-se responsável pelo menor de forma a dirigir suas mais essenciais necessidades, influindo diretamente em tudo o que diz respeito ao seu mais íntimo desenvolvimento.

O mesmo autor defende, também, a necessidade de se aplicar sanções àqueles que não cumprem seu dever no exercício do poder familiar:

> "A suspensão e destituição do pátrio poder constituem, assim, sanções aplicadas aos pais pela infração ao dever genérico de exercerem o pátrio poder de acordo com

ISSN 1679-8902

> regras estabelecidas pelo legislador, e visam atender ao maior interesse do menor.[9]"

Essa concepção foi adotada pelo legislador nos seguintes artigos do Código Civil:

> "Art. 1.637. Se o pai, ou a mãe, abusar de sua autoridade, faltando aos deveres a eles inerentes ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, até suspendendo o poder familiar, quando convenha."
>
> "Parágrafo único. Suspende-se igualmente o exercício do poder familiar ao pai ou à mãe condenados por sentença irrecorrível, em virtude de crime cuja pena exceda a dois anos de prisão."
>
> "Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:
> I - castigar imoderadamente o filho;
> II - deixar o filho em abandono;
> III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;
> IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente."

Ou seja, qualquer parente do menor ou o próprio Ministério Público, ao verificarem abusos ou falhas no exercício do poder familiar, podem requerem providências jurisdicionais a fim de proteger os interesses da criança ou adolescente.

As hipóteses do artigo 1.638, além do parágrafo único do artigo anterior, apresentam circunstâncias que demonstram a inaptidão dos pais para continuar desempenhando o papel até então exercido. Nesses casos, sempre visando o bem-estar do menor, o Poder Judiciário deve ser acionado para tomar as providências necessárias e adequadas aos interesses daquele.

É importante frisar a diferença entre as consequências dos dois artigos apresentados. No primeiro, ocorre a suspensão do poder familiar, que é uma medida facilmente reversível e menos severa. Já no segundo, o resultado é a perda do poder familiar, sendo uma medida de caráter definitivo, salvo posterior justo motivo. Em ambos os casos, é míster a decisão judicial.

[9]RODRIGUES, S.; *Direito Civil: direito de família.* 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 411.

ISSN 1679-8902

Além das sanções previstas no Código Civil, o Estatuto da Criança e do Adolescente também estabelece uma infração administrativa relacionada com o objeto de estudo:

> "Art. 249. Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrente de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar:
> Pena - multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se o dobro em caso de reincidência."

Estabelecer sanções a quem descumpre os deveres inerentes às relações paterno-filiais é de suma importância, tendo em vista a contribuição dessa fase da vida da criança em sua formação pessoal. É claro que se espera dos pais que fornecer um absoluto bem-estar aos filhos, dentro de suas condições, seja algo natural, mas, infelizmente, não é isso o que ocorre em todas as famílias. Sendo assim, torna-se essencial a definição de deveres e suas respectivas punições, a fim de possibilitar, quando necessário, uma intervenção estatal na relação familiar a fim de garantir o bom desenvolvimento dos jovens em questão.

DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A atual Constituição Federal Brasileira define a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito que é a República Federativa do Brasil. Uma vez que todo o ordenamento jurídico deve ser aplicado em conformidade com a carta magna, entende-se que o princípio da dignidade humana deve reger, também, as relações paterno-filiais.

O constitucionalista Alexandre de Moraes conceitua tal princípio com excepcional clareza:

> "A dignidade da pessoa humana concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas. Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem

ISSN 1679-8902

> menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.[10]"

Sendo assim, fica evidente a importância desse princípio na análise dos direitos das crianças e adolescentes, tendo em vista a necessidade da existência de uma legislação que zele pela dignidade em todas as esferas de suas vidas.

A própria Constituição Federal defende os interesses dos menores, mais evidentemente nos artigos 227 e 229, já citados anteriormente.

Norteado por essa concepção, o Estatuto da Criança e do Adolescente é o principal meio de proteção dos interesses desses indivíduos. Isso pode ser observado principalmente em dois artigos:

> "Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade."
>
> "Art. 19 Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes."

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi elaborado após a Convenção das Organizações Unidas sobre os Direitos das Crianças, ratificada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Seu texto incorpora concepções de várias normativas internacionais, destacando-se a Declaração dos Direitos da Criança, da ONU.

O Estatuto, criado em 1990, foi responsável pela evolução na defesa do desenvolvimento digno dos menores, logo após a inclusão destes como sujeitos de direito e de proteção na Constituição Federal de 1988. Ele abrange mais que simplesmente os direitos das crianças e adolescentes, indicando, também, os deveres dos pais e do Estado para com aqueles. Abordando as mais diversas áreas essenciais ao desenvolvimento humano, garante que todo indivíduo cresça de acordo com padrões mínimos para que tenha uma vida decente e com todas as oportunidades de que necessita para tal.

[10] MORAES, A.; *Direito Constitucional.* 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 50.

ISSN 1679-8902

A partir do momento em que o ordenamento jurídico brasileiro se preocupa em positivar os direitos das crianças e dos adolescentes, nota-se a importância da tutela desses indivíduos na nova ordem social que se instaura no país com a Constituição Federal de 1988, como bem expõe o professor e desembargador Artur Marques da Silva Filho, ao desenvolver o tema da adoção:

> "Traçando novos parâmetros no plano do direito de família, objeto mediato do tema proposto, estabeleceu, no Capítulo VII, a igualdade entre o homem e a mulher e a indistinção entre os filhos. Revelou a tendência evolucionista, ampliando a proteção do Estado à família, à criança, ao adolescente e ao idoso.[11]"

Isso, sem dúvidas, só tem a beneficiar o desenvolvimento não só do grupo favorecido como o de toda a nação, uma vez que assegurar o crescimento adequado dos cidadãos é, ao mesmo tempo, certificar a existência de uma sociedade mais íntegra e digna no futuro próximo.

ABANDONO AFETIVO

Observando os direitos das crianças e adolescentes, defende-se que a afetividade é fator essencial para seu desenvolvimento sadio. A falta dela provoca danos emocionais e psicológicos que comprometem sua formação.

Essa visão é defendida por Maria Berenice Dias:

> "O conceito atual de família, centrada no afeto como elemento agregador, exige dos pais o dever de criar e educar os filhos sem lhes omitir o carinho necessário para a formação plena de sua personalidade, como atribuição do exercício do poder familiar.[12]"

Andréia Aldrovandi e Rafael Lazzarotto Simioni reforçam a ideia da importância da afetividade no ambiente familiar:

> "O direito de família pode observar a afetividade como uma realidade jurídica autoconstruída e a sensibilidade nesse contexto, é sinônimo de potência (...) O afeto no direito de família não é só um valor digno de tutela, mas o sentido irreversível que garante a identidade das organizações familiares como unidade de diferenças. Só o afeto permite distinguir as organizações familiares das outras formas de organização da sociedade. O sentido sociológico da afetividade é problemático para o direito

[11] FILHO, A. M. S. *Adoção.* 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.
[12] DIAS, M. B.; *Manual de Direito das Famílias.* 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 407.

ISSN 1679-8902

> porque ele está ligado a sentidos de amor, solidariedade, afabilidade.[13]"

O abandono afetivo, portanto, representa a inobservância aos princípios inerentes à dignidade da pessoa humana, uma vez que o afeto é entendido como um valor inerente à dignidade do indivíduo, focando-se nos que dizem respeito ao bom desenvolvimento das crianças e adolescentes. Engloba, com isso, qualquer infração dessa natureza, como a violação da convivência familiar, do respeito e do zelo.

Esse instituto pode ser definido de forma simples como o descumprimento dos deveres decorrentes do poder familiar.

Nesse caso, é evidente que a ausência de um dos pais acarreta um grande dano psicológico ao filho, comprometendo seu desenvolvimento saudável.

Em concomitância com o estudo dos direitos das crianças e dos adolescentes e dos respectivos deveres dos pais para com eles, a figura do abandono afetivo tem importância devido à discussão acerca da configuração ou não de violação do direito de desenvolvimento sadio dos menores. Entende-se que, independentemente do cabimento ou não da indenização (o que será analisado a seguir), é evidente que a ocorrência do abandono afetivo interfere na formação da criança, tanto na psicológica como na social. Devido a isso, é comum que pessoas que tenham passado por esse trauma na infância tornem-se adultos transtornados e portadores de algum tipo de desequilíbrio emocional.

INDENIZAÇÃO EM CASO DE ABANDONO AFETIVO

A partir dessa análise, fica claro que a relação paterna filial deve ir além do simples sustento do menor, sendo imprescindível o afeto para seu desenvolvimento sadio. E o próprio conceito de afeto vai além de demonstrações de carinho para com o filho, devendo incluir, também, atitudes como a proteção, cuidados, atenção, companhia e orientação. Em suma, os pais não devem se limitar a proporcionar apenas as condições materiais essenciais à criação de seus filhos.

[13] ALDROVANDI, A.; SIMIONI, R. L.; *O Direito de Família no Contexto de Organizações Sócio Afetivas:* Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade. Vol. 34. Porto Alegre: Síntese, 2006, p. 27.

ISSN 1679-8902

Todo ser humano necessita de um bom ambiente familiar para crescer. Mesmo que não lhe falte sustento material, a ausência de afetividade pode ser responsável por um grande trauma ao longo da sua vida. Uma criança que cresce diante do abandono afetivo terá seu psicológico afetado pela não presença dos pais e, a partir do momento em que lhe falta a figura paterna ou materna, seu desenvolvimento fica comprometido. Assim, existem grandes chances de que esse menor venha a ter uma desestruturação na sua formação, podendo acarretar inúmeros prejuízos ao longo de sua vida.

Uma vez que o abandono afetivo resulte em significativos prejuízos para o filho e que ele se sinta de alguma forma afetado negativamente pelo descaso de seus pais, surge o possível direito a uma indenização por danos morais, já que, nesses casos, o comportamento dos genitores configura um ato ilícito causador de dano, ensejando a obrigatoriedade de reparação, como já visto.

Entre outros, tal conduta estaria violando o artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

> "Art. 17. O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças, dos espaços e objetos pessoais."

Isso porque a criança e o adolescente têm direito ao respeito, que inclui a integridade psíquica e moral. É evidente que a situação em estudo viola essas prerrogativas, causando danos de ordem psicológica às vítimas. Neste norte, tem-se as palavras de Luiz Felipe Brasil Santos:

> "Neste contexto, a ausência injustificada do pai origina evidente dor psíquica e consequente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade. (...) E, além da inquestionável concretização do dano, também se configura, na conduta omissiva do pai, a infração aos deveres jurídicos de assistência imaterial e proteção que lhe são impostos como decorrência do poder familiar.[14]"

Maria Berenice Dias também defende a responsabilidade indenizatória nesses casos:

[14] SANTOS, L. F. Brasil. *Pais, filhos e danos.* Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/141>. Acesso em: 09 jan. 2013.

ISSN 1679-8902

> "A lei obriga e responsabiliza os pais no que toca aos cuidados com os filhos. A ausência desses cuidados, o abandono moral, viola a integridade psicofísica dos filhos, bem como o princípio da solidariedade familiar, valores protegidos constitucionalmente. Esse tipo de violação configura dano moral. Quem causa dano é obrigado a indenizar. A indenização deve ser em valor suficiente para cobrir as despesas necessárias, para que o filho possa amenizar as sequelas psicológicas mediante tratamento terapêutico.[15]"

É importante salientar que não é qualquer simples ausência que enseja o direito de indenização. Para que se caracterize o abandono afetivo, é míster que tenha se configurado uma conduta grave por parte do genitor, como explica Maria Isabel Pereira da Costa:

> "Para fins indenizatórios pelos danos causados ao filho devido à ausência de afeto por parte de um dos pais, ou de ambos, não basta uma ausência temporária; não pode ser medida tão simplesmente pela ausência de uma visita ou outra, mas deve ser avaliada no contexto do exercício do poder familiar.[16]"

A doutrina, entretanto, não é unânime a esse respeito. Autores como Luiz Flávio Gomes e Sílvio de Salvo Venosa adotam posição contrária ao cabimento da indenização por danos morais em casos e abandono afetivo. Existe também, como pode ser visto a seguir, uma resistência jurisprudencial em aceitar esse posicionamento:

> "INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ABALO EMOCIONAL PELA AUSÊNCIA DO PAI. 1. O pedido de reparação por dano moral é juridicamente possível, pois está previsto no ordenamento jurídico pátrio. 2. A contemplação do dano moral exige extrema cautela e a apuração criteriosa dos fatos, ainda mais no âmbito do Direito de Família. 3. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida. 4. Afinal o questionamento das raízes do afeto ou do amor, e da negação destes, leva a perquirir as razões íntimas do distanciamento havido entre pai e filho, que perpassam necessariamente as categorias do imanente e do transcendente e implicam indébita invasão do campo jurídico ao terreno conceitual impreciso que avança pelo mundo da medicina, da biologia e da psicologia. 5. Embora se viva num mundo materialista, onde os apelos pelo compromisso social não

[15] DIAS, M. B.; Manual de Direito das Famílias. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 408.
[16] COSTA, M. I. P.; Família: do autoritarismo ao afeto. In Revista brasileira de direito de família. Vol. 32. Porto Alegre: Síntese, 2005, p. 35.

ISSN 1679-8902

> passam de mera retórica política, em si mesma desonesta e irresponsável, nem tudo pode ser resolvido pela solução simplista da indenização, pois afeto não tem preço, e valor econômico nenhum poderá restituir o valor de um abraço, de um beijo, enfim de um vínculo amoroso saudável entre pai e filho, sendo essa perda experimentada tanto por um quanto pelo outro. Recurso desprovido" (TJRS, Apelação Cível nº 70026680868, em 25/03/09, Sétima Câmara Cível, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Canela)[17]"

A negação do provimento desse tipo de pedido normalmente está embasada no fato de o abandono não configurar ato ilícito; de que a indenização não é uma solução pertinente para o dano causado pela falta de afetividade, além de significar uma patrimonialização de um direito personalíssimo; de que amor e afeto não podem ser exigidos nem cobrados em relação alguma; entre outros.

Entretanto, com a crescente humanização do Direito, o que inclui o direito de família, essa visão está se tornando cada vez mais ultrapassada, uma vez que ocorre a valorização do desenvolvimento estruturado do ser humano. Com isso, a partir do momento em que o abandono causa prejuízos na formação do indivíduo, o Direito brasileiro tem se inclinado para o entendimento de que existe, sim, a necessidade de uma reparação.

Essa visão humana da situação pode ser notada em sentença de Mário Romano Maggioni:

> "A função paterna abrange amar os filhos. Portanto, não basta ser pai biológico ou prestar alimentos ao filho. O sustento é apenas uma das parcelas da paternidade. É preciso ser pai na amplitude legal (sustento, guarda e educação). Quando o legislador atribuiu aos pais a função de educar os filhos, resta evidente que aos pais incumbe amar os filhos. Pai que não ama filho está não apenas desrespeitando função de ordem moral, mas principalmente de ordem legal, pois não está bem educando seu filho.[18]"

Nos últimos anos, os tribunais têm passado a se posicionar favoravelmente ao cabimento da indenização, pelos motivos acima expostos. Um dos pioneiros na adoção dessa concepção foi o Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em sua 7ª Câmara Cível:

---

[17] BRASIL. TRINBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Acórdão.* Disponível em: <www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 09 jan. 2013.

[18] MAGGIONI, M. R.; Processo n.° 141/1030012032-0. Ação indenizatória. Sentença proferida em Capão da Canoa, 2° Vara, 15 set. 2003.

ISSN 1679-8902

> "INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana. (Apelação Cível nº 408.550-5, Relator: Unias Silva. Julgado: 01.04.2004).[19]"

O Tribunal de Justiça de São Paulo também se posiciona de modo a reconhecer a concessão de indenização nesses casos. Além da polêmica decisão no caso descrito na introdução deste trabalho, em que o órgão reformou a decisão de primeira instância, concedendo a indenização, que apenas teve seu valor reduzido na análise do Superior Tribunal de Justiça, existem outros julgados nesse sentido. Foi o caso da decisão da Oitava Câmara de Direito Privado desse Tribunal, em 2008:

> "Responsabilidade civil. Dano moral. Autor abandonado pelo pai desde a gravidez da sua genitora e reconhecido como filho somente após propositura de ação judicial. Discriminação em face dos irmãos. Abandono moral e material caracterizados. Abalo psíquico. Indenização devida. Sentença reformada. Recurso provido para este fim. (Apelação Cível nº 511.903.4/7, Relator: Caetano Lagrasta. Julgado: 12.03.2008).[20]"

Quanto ao valor da indenização, no Brasil não existe uma prefixação do *quantum* em casos de danos morais, como ocorre em outros países. Sendo assim, os juízes e tribunais se valem de alguns critérios, que devem ser observados caso a caso. É comum levar em consideração a situação financeira do ofensor e do ofendido; o nível do dolo ou o grau da culpa; a gravidade da conduta; a intensidade do resultado; entre outros.

Entretanto, muitas vezes o *quantum* possui uma importância secundária no processo. O autor da ação pretende ter seu direito reconhecido, almejando um conforto psicológico ao obter o provimento de seu pedido, tendo a satisfação de sentir que houve ao menos um pouco de justiça diante de uma situação tão delicada e que ocasionou danos tão profundos e irreparáveis.

[19]BRASIL. Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Apelação Cível nº 408.550-5, da 7ª Câmara Cível, 01 de abril de 2004.
[20] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível nº 511.903.4/7, da 8ª Câmara Cível, 12 de março de 2008.

ISSN 1679-8902

ANÁLISE DO CASO CONCRETO – O RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242 – SP

O Recurso em questão, que ensejou toda a discussão acerca do tema, foi interposto pelo pai condenado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo ao pagamento, à sua filha, de quatrocentos e quinze mil reais a título de danos morais para compensação do abandono afetivo. O objeto do recurso especial foi o acórdão do referido Tribunal, cuja ementa consiste em:

> "Ação de indenização. Danos morais e materiais. Filha havida de relação amorosa anterior. Abandono moral e material. Paternidade reconhecida judicialmente. Pagamento da pensão arbitrada em dois salários mínimos até a maioridade. Alimentante abastado e próspero. Improcedência. Apelação. Recurso parcialmente provido."

Nas razões do recurso, alegou-se que a única punição prevista para o caso de abandono afetivo, sendo este um descumprimento das obrigações relativas ao poder familiar, é a perda deste poder. Apontou, também, divergência jurisprudencial acerca do assunto, inclusive do próprio STJ. Em contrarrazões, fundamentou-se o pedido de manutenção do acórdão de segunda instância baseando-se na ocorrência do manifesto "abandono material, moral, psicológico e humano".

Citando divergências doutrinárias, a Ministra Relatora, Nancy Andrighi, sustenta que "não existem restrições legais à aplicação das regras relativas à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar, no Direito de Família". Aduz, ainda, "que a perda do pátrio poder não suprime, nem afasta, a possibilidade de indenizações ou compensações".

Quando trata do poder familiar, a Ministra diz ser pacífico o entendimento de que é inerente a esse poder o dever de convívio, cuidado, criação e educação dos filhos. A questão, entretanto, é se seria viável responsabilizar civilmente quem viola esse dever.

Para ela, a atenção e cuidado para com os filhos deixaram de ser acessórios da relação paterno-filial, vez que são essenciais para a criação e desenvolvimento dos indivíduos. A partir desse entendimento e com base nos princípios constitucionais de proteção ao menor, a Relatora explica "que não se fala ou se discute o amar e, sim, a imposição biológica e legal de cuidar, que é

ISSN 1679-8902

dever jurídico, corolário da liberdade das pessoas de gerarem ou adotarem filhos", concluindo que, "em suma, amar é faculdade, cuidar é dever".

Partindo dessa premissa e reconhecendo a manifesta negligência do pai em relação ao cuidado com a filha, Nancy Andrighi afirma existir nexo causal entre tal comportamento do genitor e o dano efetivo no desenvolvimento da garota.

Sem grandes delongas, a Ministra diz considerar elevado o valor indenizatório fixado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, reduzindo-o para duzentos mil reais, sendo esta a única alteração em relação ao acórdão recorrido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que é dever dos pais zelar pela íntegra criação de seus filhos, a partir do momento em que sua falta de afetividade interfere nessa fase e resulta em danos posteriores nas vidas dos jovens, entende-se que aqueles têm o dever de retratar essas lesões – ao mesmo tempo em que as vítimas têm o direito de ter suas perdas compensadas de alguma forma.

Ao proporcionar essa oportunidade de reparação, o Estado não está tentando compensar a ausência paterna ou materna na fase de desenvolvimento do indivíduo, uma vez que esse vazio afetivo é irreparável. A intenção dessa tutela é proporcionar um conforto emocional à vítima, buscando amenizar os danos psicológicos sofridos por ela ao ver seu direito sendo reconhecido judicialmente.

Conforme demonstrado, por exemplo, no recurso especial nº 1.159.242-SP, atualmente há uma tendência ao reconhecimento do direito de indenização por danos morais em casos de abandono afetivo. Entretanto, diante da existência de resistência a essa aceitação e da controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, cabe ao Poder Judiciário a análise minuciosa de cada caso, de modo que não ocorra a banalização do direito de indenização e dos institutos do direito de família.

O autor partilha da ideia de que é psicologicamente relevante para o lesado ter o reconhecimento do seu pedido nesse caso. Não que isso venha a suprir a ausência afetiva que teve anteriormente – muito pelo contrário, seria extremamente insensível afirmar que o recebimento de um quantum monetário

ISSN 1679-8902

pudesse ser responsável por compensar todo o sofrimento resultante da indiferença parental. A estruturação familiar é de suma importância, proporcionando todo o aparato essencial ao desenvolvimento do indivíduo, não só material, como também psicológico, moral e afetivo. A falta disso influencia intrinsicamente na formação do ser humano, por óbvio de maneira negativa, e nada que seja feito após sua maturidade poderá reverter esse prejuízo.

Entretanto, uma vez que o dano efetivo já foi causado, apesar de ser impossível repará-lo, nada impede que seja elaborada alguma forma de amenizar o sentimento de rejeição da vítima. Já que ela não obteve o afeto que se espera de seus pais, ou de pelo menos um deles, o Estado deve utilizar seus recursos (no caso, os judiciais) para mostrar a essa pessoa que ela não está desamparada: que alguém se importa com ela e se solidariza com a situação por que passou na infância. Ao mesmo tempo, penaliza o responsável por esses danos, mostrando ao filho que tudo o que sofreu não será ignorado nem esquecido e que o causador de suas aflições será responsabilizado. O foco não é compensar o que ocorreu, mas sim, ao menos, amparar psicologicamente quem não recebeu a devida afetividade e mostrar sua importância perante o Estado, amenizando, de alguma forma, os danos sofridos ao longo de sua vida.

Portanto, uma vez preenchidos os requisitos da responsabilidade civil, ocorrendo uma conduta socialmente reprovável do genitor e um considerável dano ao desenvolvimento da criança ou adolescente, é cabível e, mais que isso, recomendável, que ocorra a reparação desse prejuízo.

REFERÊNCIAS

ALDROVANDI, A.; SIMIONI, R. L. **O Direito de Família no Contexto de Organizações Sócio Afetivas:** Dinâmica, Instabilidade e Polifamiliaridade. Vol. 34. Porto Alegre: Síntese, 2006.

CANEZIN, C. C.; TARTUCE, F.; CASTILHO, R.; **Direito Civil – Direito Patrimonial, Direito Existencial.** São Paulo: Ed. Método, 2006.

COSTA, M. I. P.; **Família: do autoritarismo ao afeto**. In Revista brasileira de direito de família. Vol. 32. Porto Alegre: Síntese, 2005.

CUENCA, J. M. A.; **O uso de crianças no processo de separação – Síndrome de Alienação Parental.** Disponível em: <http://www.apase.org.br/94012-josemanuel.htm>. Acesso em: 8 jan. 2013.

DIAS, M. B.; **Manual de Direito das Famílias**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FILHO, A. M. S.; **Adoção**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ISSN 1679-8902

FURLAN, Viviane Maggioni. **Responsabilidade civil em decorrência de abandono afetivo e da síndrome da alienação parental**. 2009. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas. 2009.
GONÇALVES, C. R.; **Direito civil brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
GONÇALVES, C. R.; **Direito civil brasileiro**, volume 6: direito de família. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
MORAES, A.; **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
MOUTA, J.; **Não quero ver o meu pai**. Disponível em: <http://www.paisparasempre.eu/artigos/alienacao/sap.html>. Acesso em: 8 jan. 2013.
MUNIZ, M. K. C. B.; **Aspectos relevantes acerca do assédio moral e assédio sexual no Direito do Trabalho.** Disponível em: <http://jusvi.com/colunas/36075>. Acesso em: 07 jan. 2013.
OLIVEIRA, M. H. C. P.; **A Alienação Parental como forma de abuso à criança e ao adolescente.** 2012. x f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2012.
PASETTO, P.; **Dano moral pelo abandono afetivo paterno filial**. 2011. 75 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas. 2011.
RODRIGUES, S.; **Direito Civil: direito de família.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
SANTOS, L. F. B.; **Pais, filhos e danos**. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/novosite/artigos/detalhe/141>. Acesso em: 09 jan. 2013.
SAVATIER, R.; **Traité de La Responsabilidade Civile,** Paris, 1939, v.I, apud RODRIGUES, Silvio. Responsabilidade Civil. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
SILVA, De Plácido e**. Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989, v. IV.
SILVA, N. M. A.; **Abandono afetivo paterno e responsabilidade civil na relação de filiação**. 2008. 87 f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Humanas e Sociais Aplicadas, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Campinas. 2008.

Sobre o autor

e-mail: caroliwancow@hotmail.com

ISSN 1679-8902

RESPONSABILIDADE CIVIL POR VIOLAÇÃO À IMAGEM NAS MÍDIAS SOCIAIS

Civil liability for violation of the image in social media

CAVALLARO FILHO, Hélio Donisete.
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Resumo: O presente trabalho foi elaborado com a finalidade de inquirir a problemática da violação do direito à imagem nas mídias sociais (Internet), averiguando a responsabilidade civil do autor da ofensa e do *site*/provedor onde esta se deu. Para tanto, procederemos à conceituação destas novas mídias, discorreremos acerca do dano à imagem e examinaremos os polos ativo e passivo da relação obrigacional surgida a partir de tal violação.
Palavras-chave: Mídias sociais; Direito à imagem; Responsabilidade civil.

Abstract: This paper was prepared for the purpose of inquiring the issue of violation of the right image in social media (Internet), ascertaining the liability of the offender and of the website/server where the offense occurred. To do so, we will proceed to the conceptualization of these new media, we will discuss about the damage to the image and examine the active and passive poles of the obligation arising from such violation.
Keywords: Social media; Image rights; Civil liability.

Introdução

Neste início de século, o Brasil passa por transformações irreversíveis em sua estrutura política, econômica e, principalmente, social. Como reflexo das mudanças ocorridas no restante do planeta, nossa sociedade se altera rapidamente, estabelecendo novos padrões de comportamento, relacionamento e pensamento. Desse modo, as relações sociais se estabelecem das mais diferentes formas e pelos mais diversos meios, desempenhando a Internet um importante papel no âmbito das comunicações sociais.

Nesse contexto, surgem as “mídias sociais”, como novíssimos mecanismos para a produção e difusão de conteúdos, sendo que as pessoas passam a utilizar tais ferramentas virtuais para compartilhar fotos, vídeos e, assim, apresentam sua imagem a toda uma coletividade. Dessa exposição, em determinadas situações, podem advir danos irreparáveis à imagem do indivíduo, sendo, então, prejudicado um direito personalíssimo seu.

Assim, se faz necessária a análise da responsabilidade civil pela violação ao direito de imagem nas mídias sociais. Primeiramente, conceituaremos brevemente estas novas mídias. Em seguida, trataremos do

ISSN 1679-8902

dano à imagem e dos polos ativo e passivo da relação obrigacional oriunda deste dano (lesado e lesante). Por fim, verificaremos a responsabilidade civil do autor da ofensa e do *site*/provedor onde esta ocorreu.

Mídias sociais

As mídias sociais podem ser conceituadas como tecnologias e práticas *on-line* usadas por pessoas ou empresas para disseminar conteúdo, provocando o compartilhamento de opiniões, ideias, experiências e perspectivas. Seus diversos formatos, atualmente, podem englobar textos, imagens, áudio e vídeo. Ou seja, são *sites* que se utilizam de mecanismos como *blogs* [1], *wikis* [2], *podcasting* [3], entre outros, permitindo que seus usuários interajam instantaneamente entre si e com o restante do mundo [4].

É importante salientar que existem vários tipos diferentes de mídias sociais na Internet, cada um voltado para uma finalidade/proposta específica. São eles: a) *blogs* (o *WordPress* é uma das ferramentas mais famosas da Internet para a criação de *blogs*), b) sites de compartilhamento de conteúdo (como o *Flickr*), c) sites sobre a reputação de empresas (*Reclame Aqui*, por exemplo), d) *microblogging* (*Twitter*), e) redes sociais (*Facebook*, *Orkut*, M*ySpace*), f) sites de perguntas e respostas (*Yahoo! Respostas*), g) sites de classificados (*Craigslist*), entre vários outros [5].

Dano à imagem

O dano à imagem ocorre quando esta é utilizada contra nossa vontade, nos casos não autorizados em lei, agravando-se a lesão quando há exploração

[1] *Site* cuja estrutura permite a atualização rápida a partir de acréscimos dos chamados artigos, ou *posts*. São, em geral, organizados na ordem cronológica inversa (dos mais recentes para os mais antigos). A palavra *blog* é uma contração do termo *web log*, que significa “diário da Internet”.

[2] Tecnologia para criar sites colaborativos, a partir da palavra havaiana *wiki*, que significa "rápido". A *Wikipédia* é um importante exemplo de *site* que se vale desta tecnologia.

[3] É uma forma de publicação de arquivos de mídia digital (áudio, vídeo, etc.) pela Internet, através de um *feed RSS*, que permite aos usuários acompanhar sua atualização.

[4] FONTOURA, W. A hora e a vez das mídias sociais, 2008. *Boombust Blog*. Disponível em: *http://www.boombust.com.br/a-hora-e-a-vez-das-midias-sociais/*. Acesso em: 12/10/2012.

[5] TANABE, S. Você conhece todos os 10 tipos de mídias sociais que existem?, 2010. *Clínica Marketing Digital*. Disponível em: *http://clinicamarketing8ps.com.br/voce-conhece-todos-os-10-tipos-de-midias-sociais-que-existem/*. Acesso em: 13/10/2012.

ISSN 1679-8902

dolosa, culposa, aproveitamento pecuniário e desdouro para o seu titular [6]. De acordo com Maria Helena Diniz:

> "O titular da imagem tem o direito de aparecer se, quando e como quiser, dando, para tanto, seu consentimento, e também tem o direito de impedir a reprodução, exposição e divulgação de sua imagem e, ainda, o de receber indenização por tal ato desautorizado (grifo do autor) [7]."

Logo, havendo reprodução da imagem sem autorização de seu titular, há uma violação deste direito personalíssimo (e o consequente dano), surgindo a obrigação de indenizar, de acordo com o disposto no art. 20, *caput*, do Código Civil [8]. Isso ocorre pois "retratar uma pessoa sem que ela saiba ou contra a sua vontade é um ato ilícito, ofensivo ao direito à própria imagem. É imprescindível o consentimento do retratado, por ter ele o direito de impedir que não se use, a líbito, a sua imagem" [9].

Este direito à indenização apresenta sede constitucional, de acordo com os incisos V e X do art. 5º da Carta Federal. O inciso V assegura "o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" [10], enquanto que o inciso X declara invioláveis "a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" [11]. Assim, verifica-se que "a Carta Magna foi explícita em assegurar, ao lesado, direito à indenização por dano material ou moral decorrente da violação [...] da imagem das pessoas" [12].

A imagem pode ser violada das mais diversas formas no mundo virtual, por meio, por exemplo, de alterações materiais (modificação nos traços físicos da pessoa); alterações intelectuais (mantém-se a imagem, porém, dando-lhe sentido diferente e alterando seu contexto – alteração da legenda, por exemplo); divulgação de momentos íntimos e/ou particulares de uma pessoa

---

[6] GONÇALVES, C. R. *Sinopses Jurídicas – Direito das Obrigações (Responsabilidade Civil)*, v. 6, t. II, 2010, p. 35.
[7] DINIZ, M. H. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, v. 7, 2007, p. 174.
[8] Dispõe o art. 20, *caput*, do Código Civil: "Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais".
[9] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, p. 174.
[10] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, V.
[11] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, art. 5º, X.
[12] GONÇALVES, C. R. *Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil*, v. 4, 2011, p. 99.

ISSN 1679-8902

(através de fotos, vídeos, etc.); divulgação de informações falsas acerca de alguém, ferindo a imagem-atributo desta pessoa; entre outros.

Assim, havendo qualquer uso não autorizado, ou indevido, da imagem de alguém na Internet, configuram-se a violação e o consequente dano a este atributo da personalidade, devendo ser responsabilizados civilmente todos aqueles que contribuíram para o evento danoso, indenizando os prejuízos patrimoniais e morais advindos de sua conduta.

Quem pode exigir a reparação do dano

Havendo violação do direito de imagem na Internet, compete à vítima o direito de pleitear a indenização. *Vítima*, ou *lesado direto*, é quem sofre imediatamente o dano moral ou material advindo desta violação. Maria Helena Diniz afirma que:

> "[...] caberá, em regra, à vítima (lesado direto), que sofreu uma lesão em seu patrimônio ou em sua pessoa, o direito de pleitear, judicialmente, a indenização, desde que prove o liame de causalidade, o prejuízo, a culpabilidade do lesante, se, obviamente, não se tratar de culpa presumida ou de responsabilidade objetiva [13]."

Quanto à possibilidade de crianças e amentais serem vítimas de dano moral, há controvérsia entre os diversos autores civilistas. Maria Helena Diniz entende que estas pessoas poderão apresentar-se, por meio de seus representantes legais, como lesados diretos de dano moral, tendo em vista que o ressarcimento do dano não é considerado a reparação do sentimento, mas sim uma reparação objetiva de um bem jurídico violado [14]. Carlos Roberto Gonçalves, por sua vez, afirma que não se pode admitir, ou deixar de admitir, de forma absoluta, que tais pessoas sejam vítimas de dano moral, sendo necessário o exame das particularidades de cada caso [15].

Também poderão exigir a reparação do dano os *lesados indiretos*, sendo imprescindível verificar se houve dano patrimonial e/ou moral. Se se tratar de dano material, será lesado indireto aquele que sofre um prejuízo em interesse patrimonial próprio, decorrente de dano causado a um bem jurídico alheio (por exemplo: mulher e filhos menores com relação ao dano sofrido pelo

[13] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, p. 211.
[14] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, id.
[15] GONÇALVES, C. R. *Sinopses...*, *Op. cit.*, p. 91.

ISSN 1679-8902

marido). No caso do dano moral, os lesados indiretos são as pessoas que têm um interesse moral relacionado com um valor de afeição que lhes representa o bem jurídico da vítima (por exemplo: os pais com relação à violação da honra dos filhos, havendo *presunção relativa* de dano moral em favor dos ascendentes, descendentes, cônjuges, companheiros e irmãos, em caso de ofensa a pessoas da família) [16].

Igualmente, poderão reclamar a reparação de dano patrimonial ou moral os *herdeiros* da vítima (art. 943 do Código Civil [17]), seu *cônjuge*, os *membros de sua família* (art. 12, parágrafo único, do Código Civil [18]), seus *dependentes econômicos* e sua *companheira*, "quando se trata efetivamente daquela que viveu *more uxorio* com o falecido, ou seja, quando comprovada a união estável, pela convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com o objetivo de constituição de família (CF, art. 226, § 3º; CC, art. 1.723)" [19]. Nas palavras de Maria Helena Diniz, todas estas pessoas: "[...] têm direito de propor ação de indenização, ingressando em juízo em *jure proprio* e de prosseguir na ação de indenização movida pelo *de cujus*, que sofrera o gravame antes do óbito" [20].

As pessoas jurídicas também podem pleitear indenização de dano moral e/ou material decorrente da violação de sua imagem-atributo na Internet. A Súmula nº. 227 [21] do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconhece a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral, afastando qualquer controvérsia quanto a este tema. Neste sentido, podemos elencar os seguintes julgados:

> "Recurso especial. Indenização. Pessoa jurídica. Protesto indevido de títulos. Danos morais. Cabimento. Responsabilidade civil. Súmula 7/stj. Valor excessivo. Redução. Possibilidade. Precedentes.
> I - o enunciado 227 da súmula desta corte encerrou a controvérsia a fim de reconhecer a possibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral. [...] [22]"

[16] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, pp. 212-213.
[17] Dispõe o art. 943 do Código Civil: "O direito de exigir reparação e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança".
[18] Dispõe o art. 12, parágrafo único, do Código Civil: "Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau".
[19] GONÇALVES, C. R. *Sinopses...*, *Op. cit.*, p. 90.
[20] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, p. 213.
[21] Dispõe a Súmula nº. 227 do Superior Tribunal de Justiça (STJ): "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".
[22] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), *REsp 2006/0163229-4*. Rel. Min. Castro Filho, j. 18/12/2006.

ISSN 1679-8902

> "Responsabilidade civil - dano moral - pessoa jurídica - denunciação caluniosa - internet - improcedência do pedido. Reforma da sentença. Veiculação de matéria ofensiva à honra e a imagem da autora caracterizada. Dano moral configurado. Dever de indenizar. Fixação do "quantum" indenizatório. Inversão do ônus sucumbencial. - recurso provido por unanimidade (grifo do autor) [23]."

A partir de agora, examinaremos o polo passivo desta obrigação de indenizar decorrente de violação da imagem na Internet.

Quem é obrigado a reparar o dano

Na hipótese de violação da imagem em ambiente virtual, ocasionando danos patrimoniais e/ou morais à vítima, será responsável pelo pagamento da indenização todo aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, haja violado direito e causado prejuízo a outrem (art. 186 c/c art. 927, *caput*, do Código Civil), respeitadas as hipóteses de responsabilidade objetiva (art. 927, parágrafo único [24], do Código Civil), que serão verificadas posteriormente. Em princípio, a responsabilidade é *individual*, como se infere do art. 942, *caput*, primeira parte, do Código Civil, que estabelece que: "Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; [...]" [25].

Se o dano foi provocado por uma só pessoa, apenas ela deverá responder pelo ato ilícito que praticou. No entanto, se houver coautoria ou cumplicidade no ato lesivo (duas ou mais pessoas concorrem para a produção do dano à terceiro), os vários coautores ou cúmplices responderão *solidariamente*, conforme o art. 942, *caput*, segunda parte [26], e parágrafo único [27]. De acordo com Maria Helena Diniz, esta solidariedade possibilita que qualquer um dos codevedores seja demandado pelo total da dívida (art. 264 [28]

[23] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJ/PE). *APL 448341419988170001 PE 0044834-14.1998.8.17.0001*. Rel. Des. Eduardo Augusto Paura Peres, j. 11/10/2011.
[24] Dispõe o art. 927, parágrafo único, do Código Civil: "Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem".
[25] BRASIL. *Código Civil*, art. 942, *caput*, primeira parte.
[26] Dispõe o art. 942, *caput*, segunda parte, do Código Civil: "[...] e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação".
[27] Dispõe o art. 942, parágrafo único, do Código Civil: "São solidariamente responsáveis com os autores os co-autores e as pessoas designadas no art. 932".
[28] Dispõe o art. 264 do Código Civil: "Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda".

ISSN 1679-8902

do Código Civil), permite que o credor exija de qualquer um dos devedores a quantia que lhe é devida (art. 275, *caput*, [29] do Código Civil) e instaura o direito de reembolso do devedor que satisfez a dívida por inteiro (art. 283 [30] do Código Civil) [31].

Existem casos em que a pessoa não responde por ato próprio, mas sim pelo *ato de terceiro* ou pelo *fato das coisas ou animais*. Quanto ao ato de terceiro, o art. 932 do Código Civil dispõe que são responsáveis pela reparação civil:

> "[...]
> I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;
> II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições;"
> "III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;
> IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos;
> V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia (grifo do autor) [32]."

Desse modo, será obrigada a reparar o dano tanto a pessoa que, por *ato próprio*, violou a imagem de outrem na Internet, quanto o indivíduo que é responsável por terceiro que praticou esta violação (*ato de terceiro*), nos termos do retromencionado art. 932 do diploma civil brasileiro.

Além destas pessoas mencionadas anteriormente, também é responsável pelo ressarcimento do dano advindo da violação da imagem o *site*/provedor onde a ofensa de deu. Neste sentido, Carlos Roberto Gonçalves, tratando da responsabilidade civil nos meios eletrônicos, afirma que: "havendo ofensa à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas, podem ser responsabilizados não somente os autores da ofensa *como também os que contribuíram para a sua divulgação* (grifo nosso)" [33].

---

[29] Dispõe o art. 275, *caput*, do Código Civil: "O credor tem direito a exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum; se o pagamento tiver sido parcial, todos os demais devedores continuam obrigados solidariamente pelo resto".
[30] Dispõe o art. 283 do Código Civil: "O devedor que satisfez a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota, dividindo-se igualmente por todos a do insolvente, se o houver, presumindo-se iguais, no débito, as partes de todos os co-devedores".
[31] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, p. 216.
[32] BRASIL. *Código Civil*, art. 932.
[33] GONÇALVES, C. R. *Direito Civil...*, *Op. cit.*, v. 4, p. 105.

ISSN 1679-8902

No que tange à violação da imagem, a responsabilidade destes provedores pode resultar de seus próprios atos ou dos atos de terceiros (que os utilizam).

É importante salientar que a conceituação da responsabilidade destes agentes da Internet se deve, principalmente, à doutrina e à jurisprudência, sendo que, na opinião de Demócrito Reinaldo Filho:

> "A tarefa de determinar a extensão ou limites da responsabilidade dos agentes nas redes de comunicação eletrônica sempre foi extremamente difícil, diante das peculiaridades de como ocorrem às interações sociais nos ambientes e espaços virtuais. Nem sempre elas se estabelecem da mesma forma ou guardando exata correspondência com os ambientes físicos ou mesmo com os contextos dos meios de comunicação tradicionais (televisão, rádio, imprensa escrita etc.), daí a dificuldade de fazer o enquadramento jurídico dessas situações, por não termos um corpo de leis definindo a responsabilização dos agentes intermediários na transmissão, publicação e armazenamento de mensagens e arquivos de dados (grifo do autor) [34]."

Em suma, são estas as pessoas/entes que integram o polo passivo da obrigação de indenizar decorrente da violação de imagem na Internet (especialmente nas mídias sociais), sendo que, agora, analisaremos a responsabilidade civil de cada uma delas.

Responsabilidade civil do ofensor

Ocorrendo violação da imagem de outrem na Internet (mídias sociais), a responsabilidade do indivíduo ofensor será *extracontratual* (*aquiliana*), tendo em vista que, regra geral, não existe nenhum contrato/obrigação pré-estabelecido entre lesante e lesado. Ou seja, há a violação de um direito subjetivo da vítima e a prática de um ato ilícito, o que configura a espécie de responsabilidade retromencionada.

Quando o ofensor fere a imagem de alguém por *ato próprio*, sua responsabilidade será *subjetiva* (e *direta*), sendo necessário que o agente tenha agido com culpa (em sentido estrito: imprudência, negligência ou

[34] REINALDO FILHO, D. A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na Internet, 2011. *Jus Navigandi*. Disponível em: *http://jus.com.br/revista/texto/18513/a-jurisprudencia-brasileira-sobre-responsabilidade-do-provedor-por-publicacoes-na-internet*. Acesso em: 13/11/2012.

ISSN 1679-8902

imperícia) ou dolo. Isto se deve aos preceitos dos arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil, que elevaram o dolo e a culpa como fundamentos da obrigação de reparar.

Ilustrando o que foi afirmado anteriormente, podemos citar o seguinte julgado:

> "[...]
> Trata-se de ação ordinária por meio da qual pretende o autor a retirada de perfil mantido no Orkut sem a sua autorização e a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais.
> [...]
> Além disso, a jurisprudência estabelece parâmetros, os quais podem ser objetivamente sintetizados como a (a) extensão da dor quanto a sua intensidade e duração; (b) grau de culpa do ofensor, verificando-se na responsabilidade subjetiva a conduta do autor do dano; (c) capacidade econômica do responsável pela reparação e, (d) para o juiz, prudência e moderação (grifo do autor) [35]."

Havendo coautoria ou cumplicidade no ato lesivo, todos os coautores ou cúmplices responderão *solidariamente*, por força do art. 942, *caput*, segunda parte, e parágrafo único do Código Civil.

Na hipótese de violação da imagem por *ato de terceiro* (filho, curatelado, etc.), a responsabilidade será *objetiva* (e *indireta*), recaindo sobre as pessoas elencadas no art. 932 do Código Civil, ainda que não haja culpa de sua parte, a obrigação de ressarcir o dano. Isto é o que se infere do art. 933 do diploma civil, que dispõe que: "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" [36].

Neste sentido, a jurisprudência assevera que:

> "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.
> [...]
> 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

[35] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), *AC 70044195980 RS 1314153132333*. Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 04/08/2011.
[36] BRASIL. *Código Civil*, art. 933.

ISSN 1679-8902

> ao pátrio poder, conforme inteligência do art. 932, do Código Civil (grifo do autor) [37]."

Além de objetiva (e indireta), esta responsabilidade será também *solidária*, conforme estabelece o art. 942, parágrafo único, do Código Civil: "São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932" [38]. Logo, haverá solidariedade entre pais e filhos menores, entre tutores e tutelados, etc.

É importante salientar que o Código Civil, em seus arts. 930 e 934, assegura o *direito de regresso*, sendo que:

> "[...] o que ressarcir prejuízo causado por outrem, se este não for descendente seu, poderá reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago. Infere-se daí que o pai que indenizar dano causado pelo filho não terá direito de regresso contra eles. O que paga sem ter praticado ato lesivo a terceiro terá direito de regresso sobre o total da reparação que satisfez por outrem (grifo nosso) [39]."

Por fim, cabe mencionar que a obrigação de prestar a reparação transmite-se com a herança, segundo disposição do art. 943 de nosso diploma civil. O sucessor a *título universal* responde pelo ressarcimento do prejuízo até as forças da herança, de acordo com os artigos. 5º, XLV, da Constituição Federal [40] e 1.792 do Código Civil [41], sendo sua responsabilidade limitada. Já o sucessor a *título particular*, quer a título gratuito, quer a título oneroso, não responde pelos atos ilícitos do sucedido [42].

Responsabilidade civil do *site* e/ou provedor

Provedores de serviço são entidades que proporcionam variados serviços relacionados ao funcionamento da Internet. Dependendo da atividade realizada, podem ser classificados em: provedores de *backbone*, hospedagem,

[37] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), *AC 70031750094*. Rel. Des. Liege Puricelli Pires, j. 30/06/2010.
[38] BRASIL. *Código Civil*, art. 942, parágrafo único.
[39] DINIZ, M. H. *Op. cit.*, p. 217.
[40] Dispõe o art. 5º, XLV, da Constituição Federal: "XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;".
[41] Dispõe o art. 1.792 do Código Civil: "O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se houver inventário que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados".
[42] GONÇALVES, C. R. *Sinopses...*, *Op. cit.*, p. 88.

ISSN 1679-8902

acesso, conteúdo e de correio eletrônico. Ou seja, provedor de serviço é o gênero que abarca as diversas espécies mencionadas anteriormente [43].

O provedor de *backbone* é a entidade que constrói e administra infraestruturas (*backbones*) de longo alcance, com o objetivo de fornecer acesso à Internet para redes locais, por meio de pontos de presença [44].

Provedor de acesso é aquele que repassa acesso à Internet para pessoas físicas ou jurídicas, mediante a cobrança de preço pelo serviço prestado [45].

Provedor de hospedagem é o que, mediante pagamento (ou gratuitamente, quando a remuneração é efetuada por empresas comerciais interessadas em divulgar seus anúncios), armazena as páginas eletrônicas da Internet e outros arquivos em servidores próprios ou alheios, garantindo a disponibilização a terceiros, por meio de contrato [46].

Provedor de correio eletrônico é aquele que oferece o serviço de *e-mail* ao usuário, mediante pagamento de preço (pelo contratante), ou gratuitamente (pagamento feito por empresas que querem divulgar seus produtos e anúncios) [47].

Finalmente, o provedor de conteúdo é a entidade que coloca à disposição dos usuários determinados conteúdos, podendo este conteúdo ser informações ou serviços [48].

Analisando a estrutura das *mídias sociais*, verifica-se que, via de regra, elas se apresentam como *provedores de hospedagem*, armazenando o conteúdo de terceiros em seus servidores. Ou seja, estas mídias se organizam como *hosting service providers*.

Nossa jurisprudência comunga deste entendimento, afirmando o seguinte:

> "Reparação de danos morais. Criação de perfil falso em site de relacionamentos na internet. "orkut". Conteúdo ofensivo à honra e à imagem. Provedor que, interpelado pelo usuário sobre a fraude, nada promove para excluir a conta falsa nem fazer cessar a veiculação do perfil. Negligência configurada. Dever de reparar os danos morais a que deu causa, por permitir a perpetuação da ofensa e o agravamento da lesão à personalidade do

[43] LAWAND, C. J. *Responsabilidade civil pelo dano moral na Internet*, 2007, p. 30.
[44] LAWAND, C. J. *Op. cit.*, p. 32.
[45] LAWAND, C. J. *Op. cit.*, p. 34.
[46] LAWAND, C. J. *Op. cit.*, p. 36.
[47] LAWAND, C. J. *Op. cit.*, p. 38.
[48] LAWAND, C. J. *Op. cit.*, p. 39.

ISSN 1679-8902

> autor. Não se olvida que o requerido é um provedor de serviços da internet, funcionando como mero hospedeiro das informações postadas pelos usuários (grifo do autor) [49] ."

> "apelação cível. Responsabilidade civil. Dano moral. Orkut. Criação de perfil falso. Responsabilidade civil. Denúncia de abuso comprovada. Omissão. Configuração do ilícito. 1. Ação de indenização por danos morais proposta em desfavor da google, empresa proprietária de mecanismo de busca de assuntos na internet, que provê também o orkut, serviço de hospedagem de páginas e informações (grifo do autor) [50]."

O principal aspecto que caracteriza o serviço das mídias sociais como de hospedagem é o fato de que elas não realizam nenhum controle sobre o conteúdo disponibilizado por terceiros, diferentemente dos provedores de conteúdo, que efetuam tal controle diretamente. Ou seja, estas mídias não possuem:

> "[...] controle sobre o editoramento, atualização e apresentação das páginas web, cabendo ao cliente encarregar-se destes cuidados, uma vez que lhe é garantido pelo hosting o acesso às páginas armazenadas para a realização das alterações que entender necessárias [51]".

Com relação a este controle, o *Facebook*, em sua "declaração de direitos e responsabilidades", afirma claramente que: "Mesmo estabelecendo regras de conduta para os usuários, *não controlamos nem orientamos as ações dos usuários no Facebook* (grifo nosso)" [52]. Em suma, as mídias sociais podem ser consideradas provedores de hospedagem pois são apenas "distribuidor de informação, armazenando-a e possibilitando o acesso, sem exercer qualquer controle sobre o seu conteúdo" [53].

Feita esta conceituação inicial, cumpre agora verificarmos a responsabilidade das mídias sociais (provedores de hospedagem) por seus próprios atos e pelos atos de terceiros (usuários).

---

[49] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), *RC 71001373646*. Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 16/10/2007.
[50] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), *AC 70039828488*. Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 15/12/2010.
[51] LAWAND, C. J. *Op. cit.*, p. 37.
[52] FACEBOOK. *Declaração de direitos e responsabilidades*, 2012. Disponível em: *http://www.facebook.com/legal/terms*. Acesso em: 15/11/2012.
[53] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet*, 2005, p. 171.

ISSN 1679-8902

Com relação aos seus *próprios atos*, a responsabilidade destas mídias (provedores) será *objetiva*, nos termos dos artigos. 14 [54] e 20 [55] do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Ou seja, elas responderão pelos danos que causarem ao usuário em razão da má prestação dos serviços, como nas hipóteses de problemas técnicos que impossibilitam o acesso ao *site/*página; permissão de acesso a informações restritas; falhas em seus equipamentos ou defeitos no sistema de segurança que levam à perda, alteração ou infecção por vírus dos dados armazenados; entre outras [56].

No âmbito do direito à imagem, a alteração, a permissão indevida de acesso, etc. de fotos e vídeos, por exemplo, podem levar a violações à imagem do usuário, ocasionando-lhe danos. Nestes casos, segundo Marcel Leonardi, "cabe à vítima demonstrar tanto a existência do dano quanto o nexo de causalidade entre o defeito do serviço e o dano, devendo ser rechaçados pedidos de reparação de danos hipotéticos" [57].

O provedor de hospedagem não será responsabilizado pelos danos causados aos usuários quando puder demonstrar que a má prestação dos serviços se deu exclusivamente em razão de uma das exceções mencionadas no § 3º [58], do art. 14, do Código de Defesa do Consumidor [59].

É importante salientar que as cláusulas (em contratos de adesão) destes provedores que limitam/excluem sua responsabilidade pelos defeitos na prestação de serviços, ou que estabelecem limitações à garantia legal de adequação de seus serviços, não podem ser consideradas válidas [60].

Tratemos, agora, da responsabilidade das mídias sociais (provedores de hospedagem) pelos atos ilícitos cometidos *por terceiros*. A responsabilidade

---

[54] Dispõe o art. 14 do Código de Defesa do Consumidor: "O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos".

[55] Dispõe o art. 20 do Código de Defesa do Consumidor: "O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível; II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos; III - o abatimento proporcional do preço".

[56] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, pp. 111-115.

[57] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, p. 113.

[58] Dispõe o art. 14, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor: "O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro".

[59] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, p. 114.

[60] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, p. 113.

ISSN 1679-8902

por atos praticados por seus usuários será *subjetiva*, advindo apenas de eventual conduta omissiva, de negligência ou imprudência, tendo aplicação o art. 186 do Código Civil. Ou seja, o provedor será responsável pelo ato de terceiro quando:

> "[...] deixar de bloquear o acesso à informação ilegal disponibilizada por um usuário, ou quando não o fizer em tempo hábil, desde que tenha sido previamente informado a esse respeito e desde que não haja dúvidas sobre a ilicitude da conduta perpetrada pelo usuário (grifo nosso) [61]."

Carlos Roberto Gonçalves compreende o assunto de forma semelhante, afirmando que a responsabilidade destes provedores será subjetiva, somente ocorrendo se eles atuarem com alguma modalidade de culpa, quando, por exemplo, são informados de que alguma página está veiculando algum fato antijurídico e infamante e nada fazem para coibir o abuso. Ou seja, os *hosting providers* serão responsáveis desde que tenham sido notificados do conteúdo ilícito e houver demora para baixar o *site* [62].

Logo, podemos afirmar que estes provedores não podem vigiar o conteúdo que armazenam em seus sistemas, sendo que sua responsabilidade emerge somente quando tomam conhecimento, por ato próprio ou comunicação de terceiro, da existência do material ilícito [63].

Além disso, Antonio Jeová Santos afirma que se o provedor é advertido do conteúdo ilícito e se mantém inerte, sua responsabilidade será *solidária* com o dono da página ou sítio [64]. Neste diapasão, Sônia Aguiar do Amaral Vilela aduz que: "A responsabilidade decorre do fato de que, uma vez avisados sobre o ilícito conteúdo, preferem manter a página ou site ofensivo. Se não derem baixa, estarão agindo com evidente culpa e sua responsabilidade será solidária com o dono da página" [65].

Diversas são as decisões judiciais neste sentido:

> "Responsabilidade civil. Danos morais. Provedor de serviços de hospedagem na internet. Google. Orkut. Perfil falso. Conteúdo flagrantemente ilícito. Dever de indenizar reconhecido.
> [...]

[61] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, p. 176.
[62] GONÇALVES, C. R. *Direito Civil...*, *Op. cit.*, v. 4, p. 106.
[63] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, p. 178.
[64] SANTOS, A. J. *Dano moral na Internet*, 2001, p. 102.
[65] VILELA, S. A. A. *Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos*, 2002, p. 172.

ISSN 1679-8902

> 2. O google, como administrador do site de relacionamentos orkut, em que armazena informações postadas por seus usuários, não responde pelo respectivo conteúdo, pois não está obrigado a promover monitoramento prévio a respeito. Contudo, havendo denúncia de abuso, por parte de usuário, tem o dever de remover perfil manifestamente falso e capaz de gerar danos morais. Conduta omissiva e culposa que corresponde à prestação defeituosa do serviço, pois não ofereceu a segurança que dele legitimamente se poderia esperar. 3. Danos morais in re ipsa, que decorrem dos fatos narrados e demonstrados nos autos. Apelo provido (grifo do autor) [66]."

> "direito civil e do consumidor. Internet. Site de relacionamentos: orkut.com. Provedor de hospedagem. Inexistência de relação de consumo em relação aos usuários que acessam páginas criadas por outros usuários. Responsabilidade fundada na teoria subjetiva. Culpa do provedor de hospedagem não demonstrada. Responsabilidade exclusiva do criador da página.
> [...]
> Impossibilidade de controle, pelo provedor de hospedagem, do conteúdo das páginas. Tratando-se de responsabilidade subjetiva, somente mediante a demonstração de culpa do provedor de hospedagem é que seria possível imputar-lhe o dever de indenizar (grifo do autor) [67]."

O Projeto de Lei nº 2.126/2011 (Marco civil da Internet no Brasil), em seu art. 15 [68], estabelece que a responsabilidade do provedor somente se dará quando este, após ordem judicial específica, não tomar as providências para tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente. Contudo, Marcel Leonardi alerta que "o art. 15 do Marco Civil da Internet não diz que remoção de conteúdo somente pode ocorrer por força de ordem judicial. O artigo trata de responsabilidade civil, e não de remoção forçada de conteúdo" [69].

Por fim, é importante destacar que nas hipóteses em que não houver dúvidas sobre a ilicitude do conteúdo é que o provedor deverá notificar a quem de direito, não lhe cabendo censurar ou vigiar as condutas de seus usuários. Já

[66] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), *AC 70025752866*. Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 18/06/2009.
[67] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), *AC 2007.001.523346*. Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira, j. 16/01/2008.
[68] Dispõe o art. 15 do Projeto de Lei nº. 2.126/2011: "Salvo disposição legal em contrário, o provedor de aplicações de Internet somente poderá ser responsabilizado por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente".
[69] LEONARDI, M. *Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet*. In: REVISTA DO ADVOGADO. *Direito e Internet*, 2012, p. 108.

ISSN 1679-8902

nos casos em que há controvérsia sobre a ilicitude do conteúdo, os provedores de hospedagem não devem remover ou bloquear as informações armazenadas, sendo que a situação deverá ser resolvida pelo Poder Judiciário, a quem cabe decidir se houve ou não violação aos direitos de outrem [70].

Conclusão

Verificamos, neste artigo, o impacto causado pelas mídias sociais em nossa atual sociedade, especialmente no que tange à exposição da imagem. Essa exposição, em certas situações, pode causar irreversíveis danos ao indivíduo (e até à pessoa jurídica), sendo que o Direito não pode ficar inerte frente a esta situação, o que demanda a proteção jurídica, no ambiente virtual, de tal direito da personalidade e a responsabilização civil daqueles que o violam.

Este é o desafio que se apresenta à comunidade jurídica como um todo (legislador, advogados, magistrados, promotores, etc.): acompanhar estes novos fenômenos sociais, que surgem a todo instante, e que clamam por uma tutela mais efetiva por parte do Estado e do Direito.

Somente assim estaremos cumprindo um dos ideais da Constituição Federal, expresso em seu art. 1º como fundamento da República Federativa do Brasil: a dignidade da pessoa humana, em todos os seus aspectos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Civil e Constituição Federal**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva. 59ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. ***Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor.*** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1990.

_____. **Projeto de Lei nº. 2.126/2011.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ), **REsp 2006/0163229-4.** Rel. Min. Castro Filho, j. 18/12/2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça (STJ), **Súmula nº. 227.** A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (TJ/PE). *APL 448341419988170001 PE 0044834-14.1998.8.17.0001*. Rel. Des. Eduardo Augusto Paura Peres, j. 11/10/2011.

[70] LEONARDI, M. *Responsabilidade civil...*, *Op. cit.*, pp. 177-178.

ISSN 1679-8902

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ), **AC 2007.001.523346.** Rel. Des. Arthur Eduardo Ferreira, j. 16/01/2008.
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), **AC 70025752866.** Rel. Des. Luiz Ary Vessini de Lima, j. 18/06/2009.
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), **AC 70031750094.** Rel. Des. Liege Puricelli Pires, j. 30/06/2010.
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), **AC 70039828488**. Rel. Des. Iris Helena Medeiros Nogueira, j. 15/12/2010.
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), **AC 70044195980 RS 1314153132333.** Rel. Des. Paulo Roberto Lessa Franz, j. 04/08/2011.
_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS), **RC 71001373646.** Rel. Des. Eugênio Facchini Neto, j. 16/10/2007.
DINIZ, M. H.; **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v. 1, 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
FACEBOOK. **Declaração de direitos e responsabilidades**, 2012. Disponível em: *http://www.facebook.com/legal/terms*. Acesso em: 15/11/2012.
FONTOURA, W.; **A hora e a vez das mídias sociais**, 2008. Boombust Blog. Disponível em: http://www.boombust.com.br/a-hora-e-a-vez-das-midias-sociais/. Acesso em: 12/10/2012.
GONÇALVES, C. R.; **Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**, v. 4, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
_____. **Sinopses Jurídicas – Direito das Obrigações (Responsabilidade Civil)**, v. 6, t. II, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
LAWAND, Cláudio José. **Responsabilidade civil pelo dano moral na Internet**, 2007. 234p. Dissertação (Mestrado em Direito Civil Comparado) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo, 2007.
LEONARDI, M.; **Internet e regulação: o bom exemplo do Marco Civil da Internet.** In: REVISTA DO ADVOGADO. *Direito e Internet*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), 2012, nº. 115, ano XXXII.
_____. **Responsabilidade civil dos provedores de serviços de Internet**, 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.
REINALDO FILHO, D.; **A jurisprudência brasileira sobre responsabilidade do provedor por publicações na Internet**, 2011. Jus Navigandi. Disponível em: http://jus.com.br/revista/texto/18513/a-jurisprudencia-brasileira-sobre-responsabilidade-do-provedor-por-publicacoes-na-internet. Acesso em: 13/11/2012.
SANTOS, A. J.; **Dano moral na Internet,** 1ª ed. São Paulo: Método, 2001.

TANABE, S.; **Você conhece todos os 10 tipos de mídias sociais que existem?** 2010. Clínica Marketing Digital. Disponível em: http://clinicamarketing8ps.com.br/voce-conhece-todos-os-10-tipos-de-midias-sociais-que-existem/. Acesso em: 13/10/2012.
VILELA, S. A. A.; **Inviolabilidade da vida privada e da intimidade pelos meios eletrônicos**, 1ª ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Sobre o autor

Nome: Hélio Donisete Cavallaro Filho.

ISSN 1679-8902

Endereço: Rua Saldanha Marinho, 334 – Santa Cruz – Itapira/SP.

Telefone: (19) 3843-1159

Celular: (19) 9689-2943

E-mail: helio_cavallaro@hotmail.com

Formação: Bacharelado em Direito (Ciências Jurídicas e Sociais) – PUC Campinas. Concluído em 2012. Aprovado no VII Exame de Ordem Unificado da OAB – Julho de 2012. OAB/SP nº. 331.390.

ISSN 1679-8902

A PROTEÇÃO DOS DIREITOS AMBIENTAIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

The Environmental Rights' Protection Through The Public Civil Action

FERRARI, Tais Servilha
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

VEDOVATO, Luís Renato
Universidade Estadual de Campinas

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar a relação existente entre os direitos ambientais e a ação civil pública. De fato, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é considerado direito difuso, já que sua degradação atinge um número indeterminável de pessoas ligadas por circunstâncias de fato, de acordo com a classificação determinada pelo artigo 81, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990). Diante disso, considerando que a ação civil pública tem como objetivo a proteção dos direitos transindividuais (que se dividem em difusos, coletivos e individuais homogêneos), consoante disposto no artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985), pode ser um instrumento importante na defesa dos direitos ambientais, tanto preventiva quanto repressivamente.

Palavras-chave: Meio Ambiente. Direitos Difusos. Ação Civil Pública.

Abstract: This article aims to analyze the relation between the environment rights and the public civil action. In fact, the ecologically balanced environment may be considered a diffuse right, once its degradation reaches undetermined number of people, connected by factual circumstances, according to the classification determinated by the article 81, item I, of the Code of Consumer Protection (Law nº 8.078/1990). Given this, considering that the public civil action aims to protect the transindividual rights (which are divided into diffuse, collective and homogeneous individuals), consonant at the article 1 of the Public Civil Action Law (Law nº 7.347/1985), it may be an important tool in the defense of environment rights, both preventive as repressively.

Key-words: Environment. Diffuse Rights. Public Civil Action.

1. Introdução

Com o constante avanço tecnológico e industrial, a degradação ambiental se torna um tema altamente discutido, buscando-se maneiras de equilibrar a industrialização – e, consequentemente, a produção em massa – com a preservação do meio ambiente.

ISSN 1679-8902

Ocorre que, por se tratar de direito difuso, e portanto indivisível, o meio ambiente não pode ser tutelado judicialmente por particulares, sendo imprescindível a utilização de instrumentos coletivos para tal fim. Com isso, se mostra social e juridicamente necessária a discussão acerca da possibilidade da proteção ambiental por meio da ação civil pública, já que esta é restrita à tutela de interesses transindividuais, e por consequência, não pode ser utilizada para reparação de direitos particulares violados.

Assim, considerando que o meio ambiente é classificado como direito difuso, nota-se ser possível sua tutela por meio da ação civil pública, podendo os legitimados ativos pleitear o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer a reparação dos danos causados, assim como atuar no âmbito da prevenção, elaborando acordos ("compromissos de ajustamento de condutas") com os agentes que dão ou podem dar causa à poluição (BRASIL, 1985, artigos 11, 13 e 5).

Para a discussão acerca da possibilidade de tutela transindividual dos direitos ambientais, se faz necessário analisar diversos diplomas legais, especialmente a Constituição Federal (BRASIL, 1988) e a Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), a fim de constatar a importância da utilização desta demanda coletiva para garantir a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

1. Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

A ação civil pública tem como objeto a proteção dos direitos transindividuais ou coletivos *lato sensu*[1], classificação esta que engloba os direitos difusos, coletivos *stricto sensu*[2] e individuais homogêneos. Tais direitos são previstos no artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor (BRASIL, 1990):

> "Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
> Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
> I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza

[1] "Em sentido amplo".
[2] "Em sentido estrito".

ISSN 1679-8902

> indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
> II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;
> III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum."

Primeiramente, percebe-se que os interesses transindividuais podem ser classificados como indivisíveis ou divisíveis. Estes são direitos cujos titulares podem individualmente pleitear sua proteção em juízo, mesmo sendo comuns a diversas pessoas; dessa maneira, a decisão pode ser diversa para os requerentes, já que considera situações particulares. Por outro lado, os interesses indivisíveis são aqueles cuja tutela não pode ser pleiteada de forma individual, sendo que sua proteção se dá de forma coletiva, ou seja, através de ação civil pública (BRASIL, 1985), ação popular (BRASIL, 1965) ou mandado de segurança coletivo (BRASIL, 2009). Nesse caso, não é possível prestação jurisdicional diversa para os integrantes dos grupos interessados, sendo que, como seu objeto é indivisível, a decisão também deve atingir a todos da mesma maneira.

Inicialmente, o mencionado dispositivo trata dos direitos difusos, que são aqueles de natureza indivisível (não podendo, portanto, ser individualmente tutelados), cujos titulares sejam pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato. Dessa maneira, percebe-se que a violação a um desses direitos repercute na esfera jurídica de diversas pessoas, não sendo possível individualizá-las. Seus titulares, por serem ligados por uma circunstância de fato, são, além de indeterminados, indetermináveis, já que não é possível aferir quais indivíduos tiveram seus direitos violados por determinada conduta.

O próprio meio ambiente é um exemplo de direito difuso, já que poluição em uma determinada área, além de afetar os moradores do local – que são ligados pela circunstância de fato de residirem naquela localidade – pode atingir também outros municípios, estados ou países, dependendo da extensão do dano causado. Sobre a definição de interesses difusos, Paulo e Alexandrino (2009, p. 678) destacam:

> "Interesses difusos podem ser conceituados como aqueles dispersos por toda a comunidade, e que apenas à comunidade, como um todo, dizem respeito. São necessidades comuns a uma pluralidade de indivíduos,

ISSN 1679-8902

> que somente podem ser satisfeitas numa perspectiva comunitária. É o caso da defesa do meio ambiente, da defesa ao patrimônio histórico, da proteção ao consumidor, etc."

Já os direitos coletivos, que também são indivisíveis, diferem dos difusos, pois não atingem número indeterminado, e sim grupo, classe ou categoria de pessoas, que se encontram ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica. Com isso, é possível precisar quais agentes serão afetados com a violação ocorrida, no entanto, por serem indivisíveis, também não é possível sua proteção individual.

É imprescindível, para a caracterização dos direitos coletivos, a existência de uma relação jurídica, que pode ser entre os próprios lesados, como a que ocorre, por exemplo, entre integrantes de cooperativas ou entidades de classe. Contudo, também é possível que esta relação jurídica se dê entre cada uma das vítimas e a parte contrária, situação que ocorre em um contrato de adesão que possui cláusulas abusivas.

Por fim, os direitos individuais homogêneos atingem pessoas determinadas, podendo ser violados tanto por situações de fato como por relações jurídicas – o que os aproxima dos difusos e coletivos, respectivamente – no entanto, se diferem dos demais interesses transindividuais porque possuem natureza divisível. De fato, a violação a tais direitos pode gerar decisões diferentes para os interessados, sendo possível a extensão do dano e, consequentemente, sua respectiva indenização, ser diversa para cada integrante do grupo. A própria existência de uma cláusula abusiva em um contrato de adesão pode violar direitos individuais homogêneos, além dos coletivos, já que cada um dos interessados pode acionar o Poder Judiciário para reaver eventuais valores indevidamente pagos. Nessa situação, cada consumidor perceberá valor diverso de indenização, considerando a importância por ele despendida, motivo pelo qual tal interesse é divisível.

2. Meio Ambiente

Conforme exposto, o meio ambiente é classificado como direito difuso, no entanto, também é considerado direito fundamental.

Assim, em primeiro lugar, é necessário ponderar que os direitos fundamentais podem ser catalogados em três gerações ou dimensões,

ISSN 1679-8902

variando conforme sua evolução no tempo. Em suma, a primeira geração é caracterizada pelo valor liberdade, considerando a necessidade de proteção da população dos arbítrios estatais, enquanto a segunda pode ser resumida pelo valor igualdade – surge em decorrência da intensa exploração entre os particulares, buscando a população intervenção do Estado para garantir a isonomia entre os indivíduos. Por fim, a terceira dimensão é composta pelos direitos que não possuem titulares determinados, atingindo toda a coletividade; consagra-se o valor solidariedade.

Diante disso, percebe-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é classificado como de terceira geração. Com efeito, uma violação a tal interesse fere a esfera jurídica de indeterminadas pessoas que são direta ou indiretamente atingidas, não sendo possível precisar quais são os indivíduos afetados.

De fato, no âmbito interno o meio ambiente é previsto no artigo 225, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> "Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações."

Com efeito, o meio ambiente ecologicamente equilibrado é previsto pela Constituição Federal (BRASIL, 1988) como direito de todos, outorgando sua proteção ao Ministério Público, através da ação civil pública (artigo 129, inciso III) e a todos os cidadãos, através da ação popular (artigo 5º, LXXIII). Com isso, surge a determinação constitucional acerca do desenvolvimento sustentável, que segundo Lenza (2010), é a solução para o aparente conflito existente entre o direito ao desenvolvimento e ao meio ambiente sadio.

Além disso, o ordenamento jurídico interno ainda possui, na matéria em questão, a Lei de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), que comina sanções penais e administrativas àqueles que causarem danos ao meio ambiente, além do Código Florestal (BRASIL, 2012), que dispõe as formas de proteção à vegetação.

Já no âmbito internacional, o Brasil é signatário da Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, ocorrida em 1972, conhecida como Declaração de Estocolmo (ONU, 1972). Merece destaque seu princípio 1:

ISSN 1679-8902

> "Princípio 1: O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras. A este respeito, as políticas que promovem ou perpetuam o apartheid, a segregação racial, a discriminação, a opressão colonial e outras formas de opressão e de dominação estrangeira são condenadas e devem ser eliminadas."

Dessa maneira, percebe-se que o tratado internacional mencionado afirma expressamente que, para a obtenção de vida digna, é indispensável a qualidade do meio ambiente, tendo os indivíduos a obrigação de preservá-lo para as futuras gerações.

A Lei 6.938/81 (BRASIL, 1981), que dispõe sobre a Política Nacional do meio Ambiente, em seu artigo 3º, inciso I, traz uma definição de meio ambiente:

> "Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:
> I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas."

Dessa maneira, percebe-se que a mencionada Lei conceitua o meio ambiente de forma ampla, englobando tudo que colabore para uma saudável qualidade de vida, garantindo a prevenção do equilíbrio ecológico. Com isso, é possível considerar o meio ambiente sob três diferentes aspectos, quais sejam: natural, artificial ou cultural. A diferenciação entre eles é apresentada por Mazzilli (1981):

> "Diante de conceito assaz abrangente, é possível considerar o meio ambiente sob os seguintes aspectos:
> a) Meio ambiente natural (os bens naturais, como o solo, a atmosfera, a água, qualquer forma de vida);
> b) Meio ambiente artificial (o espaço urbano construído);
> c) Meio ambiente cultural (a interação do homem com o ambiente, o que compreende não só o urbanismo, o zoneamento, o paisagismo e os monumentos históricos, mas também os demais bens e valores artísticos, estéticos, turísticos, paisagísticos, históricos, arqueológicos, etc.), neste último incluído o próprio meio ambiente do trabalho."

Assim, percebe-se que o conceito abrangente de meio ambiente engloba não só o equilíbrio ecológico, mas também todos os fatores que influenciam na qualidade de vida do ser humano. Dessa maneira, resta patente

ISSN 1679-8902

que, com a proteção ao meio ambiente, protege-se mediatamente a dignidade do ser humano, garantindo a possibilidade de vida sadia para as presentes e futuras gerações.

Importante ressaltar ainda que o direito ambiental possui diversos princípios próprios, destinados principalmente à garantia de proteção e preservação desta espécie de direitos fundamentais.

Primeiramente, pode-se citar o princípio da precaução, em que se busca evitar interferências no meio ambiente, a menos que se possa ter certeza que não acarretará danos. Prescreve em suma, que diante da dúvida acerca dos efeitos de determinada atitude, deve-se agir com prudência, a fim de se afastar possível risco. Encontra-se previsto no artigo 225, parágrafo 1º, inciso V, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que outorga ao Poder Público o dever de controlar atividades potencialmente nocivas à qualidade de vida e ao meio ambiente.

Por outro lado, no princípio da prevenção, os impactos que serão causados já são conhecidos. Dessa maneira, com a certeza que determinada conduta causará danos ao meio ambiente, se mostra necessário seu acautelamento, o que se faz através de licenciamento ambiental e estudos de impactos ambientais.

Já segundo o princípio do usuário pagador, aquele que se utiliza dos recursos ambientais deve suportar seus custos, enquanto o do poluidor pagador prescreve que quem deu causa a determinada poluição deve ser responsabilizado, arcando com os gastos necessários à eliminação da contaminação ou à sua redução aos limites fixados pelo Poder Público. Os princípios do usuário e poluidor pagador estão previstos no artigo 4º, inciso VII, da Lei 6.938/81 (BRASIL, 1981).

Por fim, de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva, quando da ocorrência de dano ambiental, não se mostra necessária a prova acerca do dolo ou da culpa do poluidor. De fato, como regra geral, a responsabilidade civil é subjetiva, demandando a comprovação de quatro requisitos previstos no artigo 186, do Código Civil (BRASIL, 2002): ação ou omissão; dano; nexo causal; dolo ou culpa,. No entanto, no âmbito do direito ambiental, a responsabilidade passa a ser objetiva, conforme expressamente previsto no artigo 14, parágrafo 1º, da Lei nº6.938/81 (BRASIL, 1981), sendo necessária somente a prova acerca da conduta do agente, do resultado danoso

ISSN 1679-8902

e do nexo causal entre eles, demonstrando-se que tal conduta deu causa ao resultado.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2013) e o Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2013a) se posicionam no sentido da desnecessidade de comprovação do elemento subjetivo para responsabilização do agente em caso de danos ambientais:

> "Apelação. Ação Civil Pública. Meio Ambiente. Corte de árvores nativas em área de preservação ambiental. Danos ambientais devidamente demonstrados nos autos. Responsabilidade objetiva e propter rem [3] do degradador. Preliminar rejeitada, recurso desprovido (SÃO PAULO, 2013)."

> "Administrativo e processual civil. Reserva Florestal. Novo proprietário. Responsabilidade objetiva.
> 1. A responsabilidade por eventual dano ambiental ocorrido em reserva florestal legal é objetiva, devendo o proprietário das terras onde se situa tal faixa territorial, ao tempo em que conclamado para cumprir obrigação de reparação ambiental e restauração da cobertura vegetal, responder por ela.
> 2. A reserva legal que compõe parte de terras de domínio privado constitui verdadeira restrição do direito de propriedade. Assim, a aquisição da propriedade rural sem a delimitação da reserva legal não exime o novo adquirente da obrigação de recompor tal reserva.
> 3. Recurso especial conhecido e improvido (BRASIL, 2013a). (grifo do autor)"

Dessa maneira, não é necessária a comprovação do elemento subjetivo do poluidor, sendo que, ainda que este não tenha agido com dolo ou culpa, deverá reparar o dano. Sobre tal assunto, dispõe a súmula nº 18, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2013):

> "Súmula nº 18: Em matéria de dano ambiental, a Lei n.º 6.938/81 estabelece a responsabilidade objetiva, o que afasta a investigação e a discussão da culpa, mas não se prescinde do nexo causal entre o dano havido e a ação ou omissão de quem cause o dano. Se o nexo não é estabelecido, é caso de arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação."

Além desses citados, o direito ambiental possui diversos outros princípios, como o do equilíbrio e da responsabilidade, sendo que todos

[3] Responsabilidade atribuída ao agente em decorrência de sua qualidade de proprietário ou de titular de direito real.

ISSN 1679-8902

buscam garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado, apesar do desenvolvimento industrial e tecnológico.

De fato, o meio ambiente equilibrado é considerado um dos direitos fundamentais, já que sua poluição ou destruição pode trazer sérias consequências aos indivíduos, como danos à sua saúde ou morte. Diante disso, percebe-se que a manutenção do meio ambiente se torna obrigação de todos, para a preservação da vida e de sua qualidade não só nos presentes dias, mas também para as futuras gerações.

3. Ação Civil Pública

A ação civil pública é instrumento constitucionalmente previsto para a proteção aos direitos difusos e coletivos, sendo função institucional do Ministério Público, conforme previsto expressamente no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos."

Disciplinada através da Lei 7347/85 (BRASIL, 1985, Artigo 1º), tal ação objetiva responsabilizar os danos, que podem ser tanto de ordem patrimonial quanto moral, causados ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem urbanística, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular.

Primeiramente, percebe-se que a ação civil pública constitui uma garantia aos indivíduos, já que possui natureza processual. De fato, segundo Bonavides, citado por Bocardi e Melo (2013), a garantia não é um fim em si mesmo, mas um meio de defesa que existe para tutelar os direitos fundamentais, que possuem cunho material.

A Lei em questão (BRASIL, 1985), em seu artigo 5º, prevê diversas entidades que podem ocupar o polo ativo da ação civil pública, sendo tal competência concorrente, já que cada um deles pode ajuizá-la de forma isolada ou conjuntamente, através de litisconsórcio. Além disso, a legitimação nesse caso, é classificada pela doutrina como extraordinária, considerando que postularão direito alheio em nome próprio, por expressa autorização legal, em

ISSN 1679-8902

oposição ao conceito de legitimação ordinária – regra geral prevista no artigo 6º, do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) –, situação em que a tutela judicial é pleiteada pelo próprio lesado.

O ajuizamento da demanda em tela, compete primeiramente ao Ministério Público, sendo sua função institucional, conforme previsão expressa pela Constituição Federal (BRASIL, 1988); caso não seja o autor da ação, atuará obrigatoriamente na função de fiscal da lei (*custos legis*), sob pena de nulidade (BRASIL, 1985).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) também prevê, em seu artigo 129, parágrafo 1º, que a competência do Ministério Público para a propositura da ação em tela não exclui a de terceiros, na forma da Lei. Diante disso, dispõe o artigo 5º, da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985), que fora esta instituição, também possui legitimidade ativa a Defensoria Pública; os entes que compõe a administração direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista); associações, constituídas há pelo menos um ano e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Ressalta-se que a exigência de constituição prévia pode ser dispensada pelo magistrado nas hipóteses em que haja manifesto interesse social, em virtude da dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser tutelado, conforme exposto pelo artigo 5º, parágrafo 4º, da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985). Além disso, ainda no caso da propositura da demanda por associações, na hipótese de ocorrer sua desistência por motivo injustificado, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa, conforme esta mesma Lei (artigo 5º, parágrafo 3º).

O foro competente para sua propositura é o local onde ocorreu o dano, que também terá atribuição, por prevenção, para processar e julgar outras ações que tenham o mesmo objeto ou a mesma causa de pedir.

A Lei em questão (BRASIL, 1985) prevê expressamente, em seu artigo 5º, parágrafo 6º, a possibilidade de quaisquer dos órgãos públicos legitimados firmarem compromisso de ajustamento de conduta:

ISSN 1679-8902

> "Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:
> [...]
> § 6° Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial."

Com efeito, tal ato possui a natureza jurídica de transação, por meio do qual o interessado se compromete a se adequar as exigências legais ou a reparar eventual dano causado. Apesar de os órgãos públicos não possuírem competência para dispor dos direitos difusos e coletivos, é possível a flexibilização de prazos e condições de cumprimento.

Preenchidos os requisitos legais, o compromisso de ajustamento de conduta passa a ter eficácia de título executivo extrajudicial (BRASIL, 1973), podendo portanto, ser diretamente executado, sem prévia propositura de ação de conhecimento.

O Ministério Público poderá instaurar, anteriormente ao ajuizamento da ação civil pública, inquérito civil, sob sua presidência, nos termos do artigo 8º, parágrafo 1º, da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985). Trata-se de procedimento cujo principal objetivo é averiguar lesão ou ameaça de lesão a direitos difusos ou coletivos, a fim de colher elementos para embasar futura ação civil pública.

Para a instauração do inquérito civil, é necessária a existência de indícios que o justifiquem. Caso o investigado entenda que não estão presentes tais indícios, poderá pleitear o trancamento do procedimento, através de duas maneiras distintas. Primeiramente, de acordo com a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 1994), em seu artigo 108, "caput" e parágrafo 1º, com a ciência da instauração do inquérito civil, abre-se ao interessado o prazo de cinco dias para interposição de recurso ao Conselho Superior do Ministério Público, que será dotado de efeito suspensivo. Por outro lado, é possível que o investigado também realize a impetração de mandado de segurança, ante a ausência de justa causa para a instauração do procedimento.

Ressalte-se que, caso não haja fundamentos para a propositura da demanda em questão, o *Parquet*[4] promoverá o arquivamento de tal inquérito,

[4] "Membro do Ministério Público".

ISSN 1679-8902

devendo os autos ser remetidos ao Conselho Superior do Ministério Público, no prazo de três dias, que poderá homologar ou rejeitar o arquivamento. Em caso de rejeição, será designado outro órgão da Instituição para a propositura da demanda conforme artigo 9º, parágrafo 1º, da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985). Sobre a possibilidade de arquivamento do inquérito civil, Paulo e Alexandrino (2009, p. 681) argumentam:

> "Evidentemente, o Ministério Público não está obrigado, nessas hipóteses, a propor a ação civil pública. Se o Parquet se convencer da inexistência de fundamento para o ajuizamento da ação, promoverá o arquivamento dos autos, do inquérito civil ou das peças informativas recebidas, fazendo-o motivadamente e remetendo sua manifestação ao Conselho Superior do Ministério Público, para a deliberação definitiva sobre o arquivamento.
> Entretanto, ajuizada a ação civil pública, dela não poderá desistir o Ministério Público, por ser indisponível seu objeto. Poderá, porém, diante das provas produzidas no curso do processo, opinar ao final pela improcedência da ação."

A sentença da ação civil pública faz coisa julgada *erga omnes*[5], nos limites da jurisdição do órgão prolator, produzindo efeitos a todos que se encontram na situação fática (direitos difusos ou individuais homogêneos) ou jurídica (direitos coletivos) protegida pela demanda. Já na hipótese de improcedência por insuficiência probatória, qualquer outro legitimado poderá reprovar a demanda, valendo-se de nova prova (BRASIL, 1985).

Sobre a repropositura da ação civil pública, com fulcro em nova prova, dispõe Mazzili (2012):

> "Isso significa que a improcedência no processo coletivo, fundada em falta de provas, não provoca imutabilidade do decisum (coisa julgada); nesse caso, não é preciso rescindir a decisão anterior: outra ação coletiva pode ser movida, pelo mesmo ou por outro colegitimado, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, desde que fundada em nova prova.
> (...)
> O conceito de nova prova (LACP[6], art. 16) não é analógico ao de documento novo, para fins de ação rescisória (CPC[7], art. 485, VII). Para a ação rescisória, o documento novo é aquele cuja existência se ignorava; entretanto, para fins de renovação da ação coletiva, a nova prova tanto pode ser aquela que já existia, mas cuja existência se ignorava, como pode ser aquela prova

[5] "Para todos". A decisão proferida atinge não só aqueles que participaram da demanda judicial, mas também terceiros, que não atuaram no processo.
[6] Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985).
[7] Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

ISSN 1679-8902

> superveniente, mas capaz de permitir a alteração do quadro instrutório que justificou a improcedência."

Por outro lado, comprovando-se litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos, nos termos do artigo 17, da Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985). Caso não haja condenação por litigância de má-fé, a ação civil pública será isenta de custas, despesas processuais e honorários advocatícios.

A execução da sentença, que poderá gerar obrigação de dar, fazer ou não fazer, deverá ser promovida pela associação autora. Caso não o faça em até 60 dias do trânsito em julgado, deverá o Ministério Público ou poderá outro legitimado fazê-lo, conforme exposto no artigo 15, da já mencionada Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985). Note-se que a Lei abre a possibilidade de, em caso de inércia do autor da ação, outro legitimado promover a execução da sentença, no entanto, prescreve a obrigação do Ministério Público, ante sua função institucional de proteção aos direitos difusos e coletivos. Nesse sentido, Fiorillo (2012, p. 708), destaca:

> "Obtendo-se sentença condenatória ilíquida (mas sempre certa), deve-se, previamente à execução (pois do contrário faltar-lhe-ia o requisito da liquidez), ser ajuizada a ação de liquidação de sentença com o intuito de se aferir o quantum debeatur[8].
> Segundo dispõe o art. 15 da Lei da Ação Civil Pública, se a associação autora não promover a liquidação e/ou execução (quando a sentença já for líquida) no prazo de sessenta dias, a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória, caberá ao Ministério Público fazê-lo, consoante o princípio da obrigatoriedade. Em relação aos demais legitimados do art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, será facultado o ajuizamento. Desse modo, o que para o órgão do Ministério Público é um dever, para os demais legitimados é uma faculdade."

Dessa maneira, percebe-se que, em caso de inércia da associação autora, a referida Lei da Ação Civil Pública (BRASIL, 1985) outorga a possibilidade a todos os legitimados para executar a sentença proferida, contudo, confere especial ênfase ao Ministério Público. De fato, tal instituição possui o dever de promover a execução de tal sentença – enquanto os outros

[8] "O valor devido".

ISSN 1679-8902

legitimados possuem a possibilidade – desempenhando, assim, sua função institucional, prevista no artigo 127, *caput*, e 129, inciso III, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

4. Proteção ao meio ambiente através da ação civil pública

Com efeito, a destruição ou poluição do meio ambiente atinge número indeterminado de indivíduos, compreendendo não só os que residem na região afetada, mas também possivelmente as pessoas que lá futuramente irão morar. Além disso, a degradação ambiental pode trazer consequências que ultrapassam o local da ocorrência, atingindo também cidades, estados e, muitas vezes, até mesmo países vizinhos.

Dessa maneira, nota-se que a violação ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado afeta a esfera de diversos indivíduos, não sendo possível especificá-los, motivo pelo qual é considerado direito difuso. Nesse sentido, Fiorillo, (2012, p. 708), destaca:

> "Por derradeiro, importante destacar, concordando com o Prof. Nelson Nery Junior, que é o tipo de tutela jurisdicional pleiteada que determina se um direito é difuso, coletivo ou individual homogêneo. A reparação a um dano a um bem ambiental será sempre difusa, dadas a indivisibilidade do seu objeto e a indeterminabilidade dos seus titulares. Por outro lado, o fato de alguém pleitear individualmente a reparação de um dano oriundo de poluição atmosférica, na verdade, configurará a reclamação de pedido individual, não existindo a tutela do bem ambiental, porquanto este constitui a causa de pedir remota da ação e não o seu objeto mediato. Assim, se a tutela jurisdicional pretendida é a reparação de um dano ao meio ambiente, então teremos a proteção de um bem de natureza metaindividual."

Diante disso, é possível a prevenção ou a reparação dos danos ambientais causados através da ação civil pública, que pode ser proposta por quaisquer dos legitimados mencionados, em especial pelo Ministério Público. De fato, a proteção ao meio ambiente é uma das funções institucionais do mesmo, que, portanto, possui o dever constitucional (BRASIL, 1988) de zelar pela manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ressalte-se que, como já exposto, ainda que o Ministério Público não seja o titular da ação

ISSN 1679-8902

civil pública, deverá necessariamente intervir na condição de *custos legis*[9], garantindo a fiel aplicação da lei. Em caso de sua não intervenção, o processo será nulo, dando ensejo à propositura de ação rescisória pelo próprio órgão ministerial, nos termos do artigo 487, inciso III, alínea "a", do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).

Sobre a possibilidade de ajuizamento da ação civil pública para a proteção dos direitos ambientais, dispõe Meirelles (2011, p. 641):

> "A Constituição Federal, entre as funções institucionais do Ministério Público, arrola a de promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção ao meio ambiente (art. 129, III), de modo que sua legitimidade ativa para a ação não advém, hoje, da Lei 7.347, mas da própria Carta Magna.
> O pedido e a condenação devem basear-se em disposição de Direito Material da União, do Estado ou do Município que tipifique a infração ambiental a ser coibida e punida judicialmente. Trata-se de uma ação para proteger os interesses difusos e coletivos (Lei 8.078, de 11.9.90) da sociedade, e não qualquer direito individual. O processo desta ação admite suspensão liminar da conduta poluidora impugnada, impondo ao réu obrigação de fazer ou abster-se do fato prejudicial ao meio ambiente."

A jurisprudência (BRASIL, 2013b e CEARÁ, 2013) também é pacífica quanto à possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a proteção dos direitos ambientais:

> "Processual Civil. Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Dano ambiental. Liminar. Possibilidade. Legitimidade. Ministério Público Federal.
> I – Nos termos da Lei nº 7.347/85, é a ação civil pública o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, e sendo este um dos bens jurídicos mais preciosos para toda a humanidade, encontra-se, inclusive, resguardado pela Constituição Federal, a concessão de liminar mostra-se medida útil e eficaz para se suspender possível alteração no meio ambiente, até que se resolva ou apure mais acuradamente a questão.
> II – O deferimento de liminar que paralisa as obras não se configura ato irreversível ou mesmo capaz de causar prejuízos irreparáveis ao proprietário do imóvel. Em contrapartida, o prosseguimento de tais obras, pretendidas pelo agravante, sem o devido equacionamento das consequências ambientais, pode acarretar consequências mais danosas à coletividade.
> III – O Ministério Público Federal tem legitimidade para propor ação civil pública para prevenção de dano

[9] "Fiscal da lei".

ISSN 1679-8902

> ambiental iminente, a teor do art. 5º da Lei nº 7.347/85. Precedentes jurisprudenciais.
> IV – Agravo de instrumento improvido (BRASIL, 2013b). (grifo do autor)"

> "Direito Constitucional e Ambiental. Ação Civil Pública. Legitimidade. Defensoria Pública do Estado. Instalação de termoelétrica. Potencial dano ao meio ambiente. Ponderação de interesses.
> 1) Nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei nº 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente.
> 2) A Agravante bem cuidou de fundamentar suas razões recursais de forma robusta, o que fez denotar o zelo que se tem em atividades de tão grande monta, como parece ser o caso em espécie, de forma que parecem mínimos os riscos ao ambiente, na hipótese se proceder com as cautelas indicadas pela Agravante.
> 3) Hipótese de aplicação da técnica interpretativa de "ponderação constitucional".
> 4) Agravo conhecido a que se dá provimento (CEARÁ, 2013)."(grifo do autor)

Ressalte-se que a ação civil pública é meio hábil a garantir a proteção a direitos fundamentais, dentre eles o meio ambiente, ainda em caso de inércia do Poder Público. De fato, algumas atitudes são de competência do Poder Executivo, no entanto, na situação em que sua omissão viole direitos fundamentais dos cidadãos, é possível o ajuizamento da ação coletiva em questão para supri-la, garantindo-se, assim, a satisfação dos direitos humanos. Nesse sentido, se posiciona o Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2013c):

> "Agravo regimental no recurso extraordinário. Constitucional. Ação civil pública. Defesa do meio ambiente. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes.
> 1. Esta Corte já firmou a orientação de que é dever do Poder Público e da sociedade a defesa de um meio ambiente ecologicamente equilibrado para a presente e as futuras gerações, sendo esse um direito transindividual garantido pela Constituição Federal, a qual comete ao Ministério Público a sua proteção.
> 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes.
> 3. Agravo regimental não provido." (grifo do autor)

ISSN 1679-8902

Por conseguinte, considerando tratar-se de interesses difusos, mostra-se possível a propositura da ação civil pública para prevenção ou reparação de danos ambientais.

5. Considerações Finais

Dessa forma, nota-se que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é essencial à qualidade de vida dos indivíduos, motivo pelo qual foi objeto de proteção tanto no âmbito interno quanto no internacional.

Portanto, por atingir número indeterminado de indivíduos, pode ser classificado também como direito difuso, o que enseja sua proteção através da ação civil pública, possibilitando, com isso, a prevenção e a reparação dos danos ambientais causados. Ressalte-se que a ação civil pública não é a única forma de proteção ambiental, já que é possível sua tutela também por meio de ação popular ou mandado de segurança coletivo.

Assim sendo, com a tutela eficiente do meio ambiente, ou seja, com a eficaz prevenção e reparação dos danos causados, é possível garantir qualidade de vida para a população e para as futuras gerações, atingindo, com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BOCARDI, N.; MELO, L. C. F. **Ação Civil Pública na Implementação dos Direitos Fundamentais**. Revista Idea, v. 1, n. 2, p. 1-18, 2010. Disponível em <http://www.esamcuberlandia.com.br/RevistaIdea2/artigos/2010v1n2art06.pdf>. Acesso em 05 de abril de 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 4.717**, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Diário Oficial da União, 05 de julho de 1965.

BRASIL. **Lei 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. **Lei 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 02 de setembro de 1981.

BRASIL. **Lei 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 de julho de 1985.

ISSN 1679-8902

BRASIL. **Lei 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, 12 de setembro de 1990.
BRASIL. **Lei 9.605**, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 de fevereiro de 1998.
BRASIL. **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, 11 de janeiro de 2002.
BRASIL. **Lei 12.016**, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, 10 de agosto de 2009.
BRASIL. **Lei 12.651**, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 28 de maio de 2012.
BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 263383 / PR, da 2ª Turma.** Recorrente: Agropecuária Sacchelli Ltda. Recorrido: Associação de Defesa e Educação Ambiental de Maringá – ADEAM. Relator Ministro João Otavio de Noronha. Brasília, 22 de agosto de 2005. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=557804&sReg=200000594008&sData=20050822&formato=PDF. Acesso em 14 de novembro de 2013a.
BRASIL. Tribunal Regional Federal (2º Região). **Agravo de Instrumento nº 033772/RJ, da 2ª Turma do Tribunal Regional Federal.** Recorrente: Pedro Haegler. Recorrido: Município de Angra dos Reis. Relator Desembargador Sergio Feltrin Correa. Rio de Janeiro, 11 de março de 2004. Disponível em http://jurisprudencia.trf2.jus.br/v1/search?q=cache:xXIk893bG8sJ:www.trf2.com.br/idx/trf2/ementas/%3Fprocesso%3D9802488054%26CodDoc%3D116275+33772+&client=jurisprudencia&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisprudencia&lr=lang_pt&ie=UTF-8&site=ementas&access=p&oe=UTF-8. Acesso em 14 de novembro de 2013b.
BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 417.408 / RJ, da 1ª Turma. Recorrente: Companhia Estadual de Águas e Esgotos - CEDAE.** Recorrido: Iaaac Zveiter e outros. Relator Ministro Dias Toffoli. Brasília, 26 de abril de 2012. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1941850. Acesso em 14 de novembro de 2013c.
CEARÁ (Estado). **Tribunal de Justiça do Ceará. Agravo de Instrumento nº 161945200880600000, da Terceira Câmara Cível. Recorrente: MPX Energia S/A.** Relator Desembargadora Edite Bringel Olinda Alencar. Fortaleza, 02 de dezembro de 2008. Disponível em http://esaj.tjce.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=36334. Acesso em 14 de novembro de 2013.
FIORILLO, C. A. P.; **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**.São Paulo: Saraiva, 2012.
LENZA, P.; **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ISSN 1679-8902

MAZZILI, H. N.; **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. São Paulo: Saraiva, 2012.
MEIRELLES, H. L.; **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.
ONU – Organização das Nações Unidas. **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. 1972, Estocolmo. Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano. ONU, 1972.
PAULO, V.; ALEXANDRINO, M.; **Direito Constitucional Descomplicado.** São Paulo: Método, 2009.
SÃO PAULO (Estado). **Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.** Súmula nº 18. Disponível em http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/conselho_superior/sumulas. Acesso em 14 de novembro de 2013.
SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação nº 0002759-44.2012.8.26.0283, da 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente**. Recorrente: Prefeitura Municipal de Itirapina. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator Desembargador Roberto Midolla. São Paulo, 21 de março de 2013. Disponível em http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6611245. Acesso em 14 de novembro de 2013.
SÃO PAULO (Estado). **Lei Complementar 734**, de 26 de novembro de 1993. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público e dá outras providências. Assessoria Técnico-Legislativa, 25 de fevereiro de 1994.

Sobre o autor

Email: lrvedovato@gmail.com

ISSN 1679-8902

CONSTITUIÇÃO LEGAL DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO E ASPECTOS CONTRADITÓRIOS DA LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA.

Legal Constitution Of Labor Unions And Contradictory Aspects Of Tax Legislation

DOMINGUES, João Carlos Felicio
Faculdade de Jaguariúna

Resumo: O movimento cooperativista de trabalho, representa um modelo de comportamento alternativo entre o mercado e os trabalhadores, trazendo a estes através da cooperativa o seu instrumento jurídico de viabilização eficiente do trabalho, principalmente eliminando a intermediação. Isto permite a distribuição de maior renda ao trabalhador, uma vez que o excedente antes apropriado pela intermediação, agora é redistribuído entre os cooperados associados, efetivamente os executores do trabalho. É nesta perspectiva, que será colocada a questão da organização de pessoas, através do modelo comportamental das Cooperativas de Trabalho, uma opção de relacionamento com o mercado, intercambiando somente dois agentes: o trabalhador e quem demanda o trabalho, excluindo o intermediário que trata o trabalho como uma mercadoria comum. Em decorrência dos abismos sociais que alargam e engolem conceitos fundamentais como: cidadania, família, pátria, ética e moral, é que se pode considerar as ”Cooperativas de Trabalho”, como agentes transformadores, uma força geradora de empregos. Não parece ser, este, o entendimento dos governantes e de suas instituições, que poderiam aliar-se às cooperativas, como acontece em vários países de primeiro mundo, onde são consideradas "braço econômico da organização social".

Palavras Chaves: Sistema cooperativista, auto-gestão, co-gestão, cooperativas de trabalho.

Abstract: A The cooperative movement, represents an alternative behavior model between the market and workers, bringing to these through your cooperative legal instrument enabling efficient work, mostly eliminating the intermediary. This allows the distribution of highest income to the employee, since the surplus before suitable for intermediation, now is redistributed among the cooperated members, effectively the executors of the work abstract. It is with this in mind, which will be placed the question of organization of people, through the behavioral model of work cooperatives, an option market relationship, exchanging only two agents: the worker and who demand work, excluding the intermediary that treats the work as a commodity. As a result of social chasms that flare and swallow fundamental concepts as: citizenship, family, homeland, ethics and morals, is that one can consider the "cooperatives", as transformers, a force generator of jobs. There seems to be this, the understanding of the Government and its institutions, they could ally themselves to cooperatives, as happens in many first world countries, where they are considered economic arm of social organization.

ISSN 1679-8902

Keywords: Cooperative system, self-management, co-management, cooperatives of work

INTRODUÇÃO

Repensar a forma de enfrentar a exclusão social em novos termos faz surgir ou ressurgir alguns conceitos de organização associativista de pessoas ou de capitais, com o exercício da atividade e execução de negócios em proveito comum.

Apesar de realizar negócios comerciais, não têm como finalidade principal a obtenção do "lucro" e estas empresas são classificadas como: “Auto-Geridas” ou “Co-Geridas”, onde se enquadram as Cooperativas. Elas vêm enfrentando desde o início da década de 90, do século XX, problemas antigos e atuais, cuja resolução definitiva exige esforço conjunto da Sociedade e de seus representantes.

São justamente estas as associações sem fins lucrativos: Cooperativas, Fundações, Institutos, Entidades Beneficentes e ONGs (Organizações não Governamentais) que integram o emergente “Terceiro Setor”. Dentre suas características está canalizar e capacitar a participação da comunidade na apresentação de respostas e alternativas aos problemas de nossa época, sobretudo àqueles decorrentes das rápidas mudanças sociais e tecnológicas. Diferencia-se assim, das que compreendem as Organizações Privadas classificadas como “Segundo Setor”, das Organizações com funções Públicas inseridas no “Primeiro Setor”.

Será analisada, neste artigo, a carga tributária aplicada sobre as operações realizadas entre os tomadores de serviços e as Cooperativas de Trabalho e a questão da bitributação de alguns impostos. Conhecer esta seqüência de eventos possibilitará o entendimento de seu crescimento ou estagnação e os impactos causados por esta “bandeira”, que mesmo sob o amparo da Legislação Federal no. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, onde a Política Nacional do Cooperativismo é definida em sua forma e constituição jurídica, vem sofrendo constantes ataques de diversas instituições que contestam sua legitimidade e legalidade.

ISSN 1679-8902

Estes fatores controvertidos confundem os envolvidos (cooperados, cooperativas e contratantes), bem como, os eventuais pretendentes que desejam adentrar ao sistema.

A constituição legal das cooperativas de trabalho

A Lei Federal nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971, vem disciplinar, orientar e determinar o ”modus operandi“ das Cooperativas. Ganham força com a revisão da Constituição Federativa da República do Brasil, de 05 de outubro de 1988: “Art. 5º , inciso XVIII - “a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento".

A Cooperativa é um tipo de sociedade, celebrada por pessoas, que se obrigam reciprocamente a contribuir com bens e serviços, adquirindo cotas, para o exercício de uma determinada atividade econômica de proveito comum, sem o objetivo do lucro e de forma solidária. Fundos de Reserva são criados para cobrir eventuais perdas e programas assistenciais. Ainda conforme os artigos da Lei nº. 5.764, de 16 de dezembro de 1971:

> “Art. 3º -. As cooperativas são sociedades de pessoas [...].
> Art. 4º – [...] categoria de sociedade em que os sócios tem responsabilidade solidária, de natureza civil (não comercial), mas de princípio institucional estatutário [...] não tem finalidade lucrativa e não se sujeita a falência [...] o capital é variável, e pode ser constituído com bens e serviços dividido em cotas de participação e o valor unitário não deve ultrapassar a um salário mínimo, é intransferível a terceiros estranhos a sociedade, bem como, os associados não poderão subscrever mais que 1/3 do total das cotas partes [...]
> Art. 14 – [...] constitui-se através de assembléia dos associados fundadores, constante da respectiva ata ou por instrumento público [...]
> Art. 17- [...] seus atos constitutivos devem ser registrados e arquivados na Junta Comercial [...]
> Art. 28 – [...] I - O fundo de reserva é destinado a reparar perdas [...] constituído com 10 %, pelo menos, das sobras líquidas do exercício [...] II - Fundo de Assistência Técnica, Educacional e Social, destinado a prestação de assistência aos associados [...] constituído de 5 %, pelo menos, das sobras líquidas apuradas no exercício [...]”
> A Lei faculta ainda a criação do regimento interno das cooperativas em forma de estatuto, estão definidos:

ISSN 1679-8902

> "Art. 21 – [...] direitos e deveres dos cooperados [...] denominação, o foro, a área de atuação, a duração, dos objetivos sociais [...] a formação do capital social [...] da convocação das assembleias [...] da formação dos conselhos fiscais e administrativos [...] da dissolução e liquidação [...] da elaboração de balanços contendo as despesas, sobras e perdas [...]".

As cooperativas autênticas têm como objetivo eliminar a rotatividade no trabalho, criar quadro estável e diversificar atividades conforme a Lei Federal 5.764/71: "Art. 90 – [...] qualquer que seja o tipo de cooperativa, não existe o vínculo empregatício entre ela e seus associados [...]"

Quanto às restrições, direitos e penalidades conforme a lei 5.764/71:

> ".Art. 4 – [...] adesão voluntária [...] direito ao retorno das sobras líquidas no exercício [...] neutralidade política, indiscriminatória, religiosa, racial e social [...]
> Art. 6 – [...] inicia-se com no mínimo 20 associados [...] singularidade de voto [...]
> Art. 29 – [...] Não podem ser associados agentes do comércio, advogados e contadores [...]
> Art. 33 – [...] a eliminação do associado é aplicada em virtude de infração legal e estatutária[...]"

Impostos incidentes sobre as operações realizadas pelas cooperativas.

Os impostos incidentes sobre as operações realizadas pelas Cooperativas, são controvertidos e discutíveis. Mas, entendê-los neste momento possibilitará uma melhor compreensão, de outros fatos que influenciam favoravelmente ou contraditoriamente nas hipóteses de auto-sustentação do movimento.

As controvérsias ocorrem justamente, porque o Governo em alguns momentos iguala suas operações com as demais empresas as (Limitadas ou Sociedades Anônimas) desprezando muitas vezes a Lei Federal 5.764/71, que delimita e regulamenta a atuação das cooperativas, enquadrando-as aos impostos que realmente devem incidir sobre suas operações, nesta relação: Cooperativas, Tomadores de Serviços e Cooperados.

Um destes impostos que se encontra claramente definido na Lei, trata sobre a contratação de funcionários com registro em carteira pelas cooperativas. Neste caso as cooperativas igualam-se às demais empresas. De acordo com a Lei Federal nº. 5.764, de 16.12.1971: "Art. 91 - as cooperativas

ISSN 1679-8902

igualam-se às demais empresas quando contratam em seu quadro, empregados**,** para prestarem determinados serviços. Deverão ser registrados via CLT, garantindo assim o vínculo empregatício e todos os direitos trabalhistas e previdenciários".

Com relação às contribuições ao INSS - Instituto Nacional de Previdência Social, dois são os recolhimentos a serem efetuados. O primeiro por parte do tomador do serviço da mão-de-obra cooperada, que será de 15% sobre o valor total da Nota Fiscal Fatura emitida pela Cooperativa. O segundo recolhimento será realizado pelo cooperado, e aí existem dois procedimentos distintos a serem seguidos: para os que se cadastraram no órgão antes de 28.11.1999 e, os que se cadastraram depois desta data. De acordo com a Instrução Normativa nº. 20 de 18.05.2000,

> "Estabelece procedimentos a serem adotados pelas linhas de arrecadação e de benefícios.
> Capítulo XXII - Das contribuições.
> Art. 145 - A contribuição a cargo da empresa sobre o valor da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente aos serviços que lhes são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho, observado, no que couber, as disposições dos parágrafos 7º e 8,º do art. 219 do Regulamento da Previdência Social (RPS), é de 15%.
> Capítulo XXIII - Do salário de contribuição.
> Art. 148 - Entende-se por salário-de-contribuição a partir de 29.11.1999....
> I - para o segurado contribuinte individual - a remuneração auferida em uma ou mais empresas pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado os limites mínimo e máximo do salário-de-contribuição será de 20%, podendo efetuar dedução de até 45% da contribuição da empresa conforme artigos. 170, 171 e 172.
> Art. 149 - Para o segurado contribuinte individual e facultativo filiados ao Regulamento Geral da Previdência Social (RGPS), até o dia 28.11.1999, considera-se salário-de-contribuição o recolhimento de 20% sobre a escala de salário-base estabelecido no art. 215 do RPS, na redação vigente até aquela data.
> Capítulo XXVI - Dedução de Contribuinte Individual.
> Art. 170 - Na hipótese de o contribuinte individual prestar serviço a uma ou mais empresas, poderá deduzir, da sua contribuição mensal, 45% da contribuição da empresa, efetivamente recolhida ou declarada, incidente sobre a remuneração que esta lhe tenha paga ou creditado, no respectivo mês, limitada a 9% do respectivo salário de contribuição.

ISSN 1679-8902

> Art. 171 - Para efeito de dedução, considera-se contribuição declarada a informação prestada na GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social).
> Art. 172 - Aplica-se o disposto nos artigos 170 e 171, no que couber ao cooperado que prestar serviço a empresa por intermédio da cooperativa de trabalho, cabendo a esta o fornecimento do documento ao cooperado, onde deverá destacar o valor das retribuições decorrentes de serviços prestados a empresas, por seu intermédio [...]
> Parágrafo único - A dedução do cooperado será feita com base no valor a ele distribuído pela cooperativa de trabalho em decorrência dos serviços que tiver prestado, por seu intermédio, as empresas, e corresponderá, no máximo a 9% do valor por ele recebido, valor este limitado ao mesmo percentual do respectivo salário-de-contribuição".

Quanto ao ICMS – Imposto de Circulação de Mercadorias e Serviços, o ato da "Cooperativa de Trabalho", não implica em operação de mercado nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria.

Conforme parecer do advogado tributarista, Pastore (2000), "com isto afasta-se a incidência deste imposto dos atos praticados em virtude da consecução de seus objetivos sociais. Somente as Cooperativas de Consumo estarão sujeitas a incidência deste imposto, e se operar dentro de um único município, não existe a incidência do ICMS".

O IRPJ - Imposto de Renda Pessoa Jurídica, será descontado na fonte à alíquota de 1,5%, sobre o total dos serviços prestados pelos cooperados ao tomador dos serviços e destacado na Nota Fiscal Fatura emitida pela cooperativa. Somente deverá ser recolhido quando atingir R$10,00 (dez reais) e não tem efeito cumulativo. Este imposto poderá ser compensado com o IRPF – Imposto de Renda Pessoa Física, também retido na fonte quando no ato do pagamento da produtividade mensal ao cooperado. Conforme a Lei Federal nº. 8.981, de 01.01.95:

> "Art. 64 -As importâncias pagas ou creditadas por pessoas jurídicas à cooperativas de trabalho, relativas à serviços pessoais que lhes foram prestados por associados destas ou colocados à disposição, estarão sujeitas à retenção do imposto na fonte, à alíquota de 1,5% (...).
> Parágrafo I - O imposto pode ser compensado pelas cooperativas de trabalho com aquele que retiver por

ISSN 1679-8902

> ocasião do pagamento dos rendimentos aos seus associados. (...) as cooperativas de trabalho devem discriminar, nas suas faturas, as importâncias relativas aos serviços pessoais prestados à pessoa jurídica por seus associados das importâncias que corresponderem a outros custos, ou despesas. "Isto porque o Imposto de Renda na fonte somente incide sobre as importâncias relativas aos serviços pessoais".

O IRPF - Imposto de Renda Pessoa Física, será retido do cooperado no ato do pagamento de seus rendimentos mensais. Será calculado pela aplicação da Tabela Progressiva para Cálculo do IRF (Imposto de Renda na Fonte) de acordo com as instruções gerais contidas no texto publicado pelo Ministério da Fazenda - MF nº. 2/2000. A esse respeito a Superintendência Regional da Receita Federal, da 8ª Região Fiscal, esclareceu através da decisão nº. 130/2000, contida no RIR - Regulamento do Imposto de Renda através do Decreto Lei nº. 3.000, de 26.03.1999:

> "Art. 652 – Parágrafo II -. As importâncias pagas pela cooperativa de trabalho aos cooperados, por suas prestações de serviços, são consideradas rendimentos do trabalho não assalariado, sendo incabível considerá-las como sobras líquidas, uma vez que estas correspondem a excesso das contribuições arrecadadas do cooperado para cobertura de despesas, assim sendo, tais importâncias estão sujeitas a incidência do Imposto de Renda na Fonte, calculado com base na tabela progressiva".

Com relação ao IR - Imposto de Renda sobre o Lucro ou sobras auferidas pelas Cooperativas no final de um exercício fiscal, não serão considerados rendimentos tributáveis, por tratar-se de excedentes de produtividade. Conforme o Parecer Normativo – CST nº. 522/70: "Não são considerados rendimentos as importâncias devolvidas pelas cooperativas aos seus associados como retorno ou sobras, portanto não tributáveis".

Quanto ao recolhimento do PIS - Programa de Integração Social, este é um imposto altamente contraditório e questionável, vista que, o Governo equipara as atividades das Cooperativas com as demais empresas. A Lei manda aplicar a alíquota sobre a Folha de Pagamentos (quando a Cooperativa possuir empregados registrados pelo regime da CLT) e, sobre o Faturamento mensal auferido. De acordo com a Lei Federal nº. 9.715, de 25.11.1998:

ISSN 1679-8902

> "Art. 2 - A contribuição para o PIS/ PASEP será apurada mensalmente: Parágrafo 1 - As sociedades cooperativas, além da contribuição sobre a folha de pagamento mensal de 1,0% por mês, pagarão, também, a contribuição de 0.65%, em relação às receitas decorrentes de operações praticadas com não associados".

Quanto ao ISS – Imposto sobre Serviços, está subordinado às alíquotas de cada município. É um imposto contraditório, conforme verificado, vários especialistas entendem que a única receita operacional da cooperativa de trabalho é a Taxa de Administração. Este imposto passou a se recolhido a partir de 1º de janeiro de 2003, pelo tomador dos serviços de mão de obra cooperada. De acordo com a Constituição Federativa do Brasil de 05.10.1988:

> "Art. 5 – [...] Inciso XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento". Portanto o ato cooperativo terá tratamento especial, mas apenas após a disposição em lei pela pessoa jurídica de direito público, competente para tratar desse ato, ou seja, será isenta de cobrança, se a lei municipal dispor sua isenção".

Outro imposto controvertido é a COFINS – Contribuição para Financiamento da Securidade Social. A sustentação legal para a cobrança deste imposto, gerou controvérsias quando o Governo editou uma Medida Provisória que se sobrepôs a Lei Complementar nº. 70, de 30.12.1991:

> "Art. 6 - São isentas de contribuição: I - as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades".

Porém, a Medida Provisória editada, origina uma enxurrada de ações na Justiça, visando neutralizar esta cobrança, muitas Cooperativas têm conseguido suspender este recolhimento, através de Mandatos de Segurança e, obtenção de Liminares. De acordo com a Medida Provisória nº. 1.858, de 24.09.1999: "Art. 15 - Considera que as cooperativas estão sujeitas a contribuição de acordo com as disposições legais aplicáveis às demais pessoas jurídicas, a alíquota será de 3% sobre o faturamento".

Mais recentemente, em 29.12.2003, foi promulgada a Lei nº. 10.833, conversão da Medida provisória 135, a qual altera a Legislação Tributária

ISSN 1679-8902

Federal. Ressaltamos que seus artigos 30 e 32, corroboram com o artigo 647 do RIR/99, que dispõe os serviços que estão sujeitos a retenção do Imposto de Renda Retido na Fonte à alíquota de 1,5%. Assim a partir de 1º de fevereiro de 2004, na contratação dos serviços ali mencionados haverá também retenção das contribuições para a Seguridade Social. Portanto seguindo os artigos mencionados, estão sujeitos à retenção na fonte, à Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL a 1%, a COFINS fixada em 1% e a Contribuição para o PIS/PASEP na alíquota de 0,65%, respectivamente, os pagamentos efetuados pelas pessoas jurídicas a outras pessoas jurídicas de direito privado, pela prestação de serviços de limpeza, conservação, manutenção, segurança, vigilância, transporte de valores e locação de mão de obra, assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção e riscos, administração de contas a pagar e a receber, bem como pela remuneração de serviços profissionais.

Justificando a cobrança ou não dos impostos contraditórios citados, relatamos o parecer técnico do advogado tributarista Trevisioli (2001):

> "Está isenta também do pagamento de ISS, substituído pelo Cadastro de Contribuinte Municipal, que tem taxas de acordo com cada atividade. As cooperativas não podem ser tratadas como empresas mercantis, senão correm o risco de 'sumirem do mapa'. O governo está tentando equiparar as cooperativas com as empresas mercantis, com a tributação da qual as cooperativas são isentas, como o pagamento do PIS e da COFINS [...] isto é inconstitucional. Tanto é inconstitucional que o poder judiciário tem dado guarida aos mandados de segurança, ações declaratórias, visando a declaração de inconstitucionalidade dos tributos que o governo vem querendo impor às cooperativas, diz o advogado. Ele dá um exemplo para o caso citado a cobrança da COFINS; A lei complementar 70/91 isentava as cooperativas deste imposto. O governo decidiu revogar. Existe uma hierarquia de leis que precisa ser respeitada, razão pela qual uma medida provisória não pode revogar uma lei complementar. Sem falar nas demais inconstitucionalidades da medida no que diz respeito à infração do artigo 146, uma vez que equipara a cooperativa a uma empresa mercantil ao instituir a mesma alíquota de 3%, referente a COFINS".

Mais uma vez, as atuações do Governo e dos legisladores causam esse embaralhamento de interpretações, demonstrando desrespeito às Leis

ISSN 1679-8902

que definem a natureza das Cooperativas, prevendo textualmente o atendimento das necessidades dos seus associados de forma justa. Equiparam as Cooperativas de trabalho às empresas meramente intermediadoras de mão-de-obra, constituídas exclusivamente a servir o capital, incentivando assim, não a sua difusão, mas o desestimulo à sua contratação.

CONCLUSÃO

O que se constata é a mudança no trabalho e nas formas de executá-lo, permitido até pela própria tecnologia, promovendo estruturalmente um distanciamento do modelo clássico do trabalho formal assalariado.

É neste contexto que emergem novos agentes no mercado gerando novas relações de trabalho, como é o caso das agências de emprego ou empresas de intermediação do trabalho que passam a organizar este trabalhador individual disperso e possuidor de habilidades e conhecimentos, intermediando seus trabalhos diante da demanda fluída do mercado de trabalho. Isto gera uma intermediação do trabalho de novo tipo, colocando também em cena um agente de intermediação.

O cooperativismo de trabalho diante deste quadro representa um modelo alternativo das relações trabalhistas, visando justamente construir um tipo diferente de relação, fazendo da cooperativa seu instrumento jurídico de viabilização eficiente, eliminando a intermediação. Isto permite a distribuição de maior renda, uma vez que o excedente que era apropriado pela intermediação é redistribuído entre os cooperados associados que executam efetivamente o trabalho.

É nesta perspectiva que se deve colocar a questão do trabalho organizado através do modelo das cooperativas, como uma opção nestas relações com o mercado, onde intercambiam dois agentes: o trabalho e quem demanda o trabalho, excluindo o intermediário que faz merchandising com o trabalho apropriando-se desproporcionalmente de um "*plus*", tratando o trabalho como mercadoria comum.

Neste novo mercado existirá certamente uma convivência e diversificação de relações de trabalho, mas será ele de forma associativista

ISSN 1679-8902

uma resposta qualitativamente diferente de articulação dos novos trabalhadores, valorizando sua capacidade de negociação através de contratos com o demandante que valorize, tanto o trabalho, como a qualidade de vida. A possibilidade de fortalecimento e crescimento deste modelo dependerá justamente da capacidade de incorporar amplos contingentes de trabalhadores, desde os excluídos por incapacidade até os altamente qualificados.

O modelo passa a ser auto-sustentável ou que se sustenta nos alicerces e nos princípios básicos universais cooperativistas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 10.833 de 29 de dezembro de 2003. **Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências.** Brasília. 2003. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/2003/lei10833.htm>. Acesso em 19 dez. 2013.

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 9.715 de 25 de novembro de 1998. **Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/PASEP, e dá outras providências.** 1998. Disponível em: <http://www.receita.fazenda.gov.br/Legislacao/leis/Ant2001/lei971598.htm>. Acesso em: 19 dez. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** promulgada em 5 de outubro de 1988; atualizada até a Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1988, 21ª ed, São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Lei 5.764, de 16 de dezembro de 1971. **Define a Política Nacional de Cooperativismo e institui o regime jurídico das Sociedades Cooperativas e dá outras providências**. Diário Oficial, Brasília, DF, de 17 jan 1971.

INSS – Instituto Nacional de Seguro Social. **Instrução Normativa n. 20 de 18 maio 2000.** Estabelece procedimentos a serem adotados pelas linhas de Arrecadação e de Benefícios. Disponível em: <http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/38/INSS-DC/2000/20_1.htm>. Acesso em 19 dez. 2013.

PASTORE, Eduardo G. **Revista Informecoop**, S. Paulo - Brasil, ano 1, n. 6, entrevista em 09.08.2000.

TREVISIOLI, Álvaro. **O ESTADO DE S. PAULO**, de 26 de junho de 2001, Caderno PN, p.3.

Sobre o autor

ISSN 1679-8902

Mestre em Administração pela Universidade Metodista de São Paulo, Especialista em Sistemas de Informação pelas Faculdades Associadas de São Paulo, Graduado pela Escola Superior de Administração de Negócios, Professor de pós-Graduação e Extensão pelo G7 Instituto e Faculdade Jaguariúna e Diretor de Empresas nas áreas de prestação de serviços.

ISSN 1679-8902

A PROPRIEDADE DE TERRAS RURAIS NO BRASIL E A RESTRIÇÃO PARA PARTICIPAÇÃO DO CAPITAL ESTRANGEIRO

Rural Land Ownership In Brazil And The Restrictions For The Foreign Capital Over Rural Properties

SPERANDIO, Henrique Raimundo do Carmo
Pontifícia Universidade Católica de Campinas

VEDOVATO, Luís Renato
Universidade Estadual de Campinas

Resumo: Este trabalho faz uma revisão da legislação que regula a propriedade rural no Brasil com foco nas restrições estabelecidas ao capital estrangeiro. Desde 1971, a regulamentação da aquisição de áreas rurais por estrangeiros tem sido submetida a certa insegurança jurídica, devido às divergentes interpretações dos atos normativos. Até 1995, existia alguma convergência para o entendimento de que a legislação era restritiva. De 1995 a 2008, as restrições se tornaram menos agressivas ao capital estrangeiro e de 2008 a 2012, diversos pareceres foram emitidos no sentido de se manter a restrição para aquisição de terras por estrangeiros. Em 2013, alguns julgados autorizaram a aquisição de terras por estrangeiros, tanto no âmbito estadual (TJ-SP) como no federal.

Palavras-chave: *Propriedade rural, empresa brasileira, empresa estrangeira, restrições à aquisição de propriedade rural*

Abstract: This work presents a summary of the laws governing land ownership in Brazil, focusing on restrictions against foreign capital. Since 1971, the legislation on the acquisition of rural areas by foreigners has been subject to legal uncertainty due to different interpretations of the laws. In the period between 1971 and 1995, a common understanding stated that the legislation was restrictive. From 1995 to 2008, restrictions have become less aggressive to the foreign capital and from 2008 to 2012, several legal opinions were issued defending the maintenance of the constraints for land acquisition by foreigners. In 2013, some court decisions granted authorization for it, both at the state (TJ-SP) and the federal levels.

Keywords: *Rural property, Brazilian company, foreign company, restrictions to rural properties acquisition*.

Introdução

A legislação brasileira recente tem apresentado controvérsias com relação ao entendimento das restrições para aquisição de terras por estrangeiros. Posicionamentos favoráveis e contrários foram manifestados por diversos autores e por meio de diferentes pareceres da Advocacia Geral da União. Entre 1971 e 1995, a maior parte das normas e opiniões legais posicionava-se a favor da restrição. No período entre 1995 e 2008, as

ISSN 1679-8902

restrições deixaram de existir e de 2008 a 2012, vários pareceres foram emitidos no sentido de se manter a restrição. Em 2013, alguns julgados garantiram a autorização para aquisição de terras por estrangeiros, tanto no âmbito estadual (TJ-SP) como no federal.

Ao descrever a propriedade, Silva lembra que "propriedade rural, que se centra na propriedade da terra, com sua natureza de bem de produção, tem como utilidade natural a produção de bens necessários à sobrevivência humana" (SILVA, 2009). Daí a importância de se discutir restrições e controlar a propriedade de terras por estrangeiros.

Esse trabalho sintetiza uma revisão bibliográfica da legislação que regula a propriedade rural no Brasil com foco nas restrições estabelecidas ao capital estrangeiro.

No item 1, encontra-se um histórico da propriedade de terras no Brasil desde o Brasil colônia até o século XX, no Item 2 são apontados marcos do ambiente regulatório até 2010 evidenciando momentos de maior e outros de menor restrição ao capital estrangeiro, no Item 3, discute-se o parecer da AGU de 2010 que impõe restrições ao estrangeiro, no Item 4 estão elencadas as recentes decisões a respeito do tema e por fim, no Item 5 são discutidos alguns desafios para a propriedade de terras.

1.Histórico da Propriedade de Terras no Brasil

1.1.A propriedade no Brasil Colônia até 1831

No Brasil Colônia, as terras descobertas eram públicas e pertenciam a Portugal. No período de 1530 a 1822, a corte transferiu parte delas para os colonizadores, através das concessões de sesmarias. Tais terras deveriam ser cultivadas, sob pena de serem devolvidas para a Coroa (*comisso*).

Segundo Alcantara Filho (2009), a formação da propriedade no Brasil se inicia em 1530, com a instituição da colonização baseada na exploração da monocultura de cana-de-açúcar que foi denominada de *Plantation.* A terra era explorada pelos donatários, mas era mantida sob o domínio de Portugal. Em Julho de 1822, encerra-se o período de concessões de sesmarias. O período entre 1822 e 1850 é chamado de "Império de posses", pois havendo uma

ISSN 1679-8902

lacuna normativa, a única forma de aquisição de terras era a posse. Em 1850 surge a chamada lei de Terras (ALCANTARA, 2009).

1.2.Lei Eusébio de Queirós, Lei de 7 de Novembro de 1831

A lei nº 581 Eusébio de Queiroz, publicada em 5 de Setembro de 1850, estabeleceu medidas para a repressão do tráfico de africanos no Império. Logo em seguida, em 18 de Setembro de 1850, foi promulgada a Lei de Terras, que dispunha sobre as terras devolutas. Dois meses após, a Lei sem número de 7 de Novembro de 1831 declarou livres os escravos vindos de fora e determinou penas para os importadores.

1.3.Lei de Terras n. 601/1850

O artigo 3ºda Lei n. 601/1850, definiu terras devolutas como aquelas que não se acharem "applicadas a algum uso publico nacional, provincial, ou municipal", "no dominio particular por qualquer titulo legitimo", "dadas por sesmarias, ou outras concessões do Governo", "ocupadas por posses, que, apesar de não se fundarem em titulo legal, forem legitimadas por esta Lei.

Conforme aponta Mendes,

> "a primeira fase de transição do regime escravocrata para o sistema de trabalho assalariado no Brasil, entre os anos de 1840 e 1870, conjugou a perspectiva final do tráfico de africanos à necessidade de mão de obra para a cafeicultura" (MENDES, 2009)

A diminuição da oferta da mão de obra escrava, em decorrência da Lei Eusébio de Queiroz, incentivou a formação de contratos de parceria agrícola através dos quais os proprietários de terras arcavam com os custos de viagem de agricultores imigrantes que eram remunerados através da divisão dos lucros da lavoura.

Ora, como as terras devolutas podiam ser doadas gratuitamente, era muito mais interessante ao agricultor imigrante operar sua própria terra ao invés de trabalhar para terceiro de forma que a lacuna deixada pela diminuição da mão de obra escrava não era suprida com a imigração.

A Lei de Terras aparece nesse contexto e visa inibir a aquisição de terras ao pequeno agricultar, privilegiando a aquisição por indivíduos com maior capacidade econômica.

ISSN 1679-8902

Mendes (2009) lembra que o fluxo migratório de europeus, neste período, acabou por se deslocar do Brasil para os Estados Unidos onde o acesso à propriedade era uma possibilidade mais próxima.

2. Ambiente regulatório a partir de 1971

2.1. Lei no. 5.709, de 7 de outubro de 1971

A lei de 1971, promulgada durante o regime militar e durante a vigência da guerra fria, estabeleceu restrições para aquisição de propriedades no Brasil por estrangeiros, incluindo empresas brasileiras controladas por capital estrangeiro. Em verdade, à empresa estrangeira ficou permitida a aquisição de terras, desde que respeitados limites de tamanho, fosse destinada a projetos específicos e fosse aprovada pelo Conselho de Segurança Nacional.

O caput e o art. 1º da lei de 1971 foram assim redigidos:

> "Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.
>
> § 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior."

2.2. Art. 171 da Constituição Federal de 1988 - Empresa Brasileira Capital Nacional e Empresa Brasileira de Capital Estrangeiro.

Conforme se verá no item seguinte, a EC n$^{o.}$ 6 revogou o artigo 171 da CF/88.

É importante, apesar disso, transcrever o artigo para que se tenha uma idéia exata da discussão que será relatada através dos pareceres da Advocacia Geral da União.

> "Art. 171. São consideradas:
>
> I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;
>
> II - empresa brasileira de capital nacional aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou de entidades de

ISSN 1679-8902

> direito público interno, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.
>
> § 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:
>
> I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;
>
> II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:
>
> a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;
>
> b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.
>
> § 2º Na aquisição de bens e serviços, o poder público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional[1].”

Ao estender o conceito de empresa brasileira para aquelas que estiverem constituídas sob lei brasileira e com administração e sede no país, sem restringir a nacionalidade do capital, o artigo revoga o § 1º do art.1º da a lei 5.709, de 7 de outubro de 1971, e evidencia que o dispositivo não fora recepcionado pela CF/88.

2.3. Lei nº 8.629 de 25 de fevereiro de 1993

A lei de 1993, em seu art. 23, § 1º determinava a aplicação ao arrendamento das mesmas restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros previstas na Lei nº 5.709, de 1971, conforme transcrito abaixo:

[1] O artigo 171, constante no texto original da CF 88 está disponível em http://www.senado.gov.br/legislacao/const/ con1988/CON1988_05.10.1988/art_171_.shtm. Acesso em 19 de Outubro de 2013 às 20:24

ISSN 1679-8902

> "Art. 23. O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.
>
> § 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no caput deste artigo.
>
> § 2º Compete ao Congresso Nacional autorizar tanto a aquisição ou o arrendamento além dos limites de área e percentual fixados na Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, como a aquisição ou arrendamento, por pessoa jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida."

Apesar de, como mencionado no item acima, a lei de 1971 não ter sido recepcionada pela CF/88, a lei de 1993 confirma alguns dos pressupostos daquela lei, o que por si só já gera suficiente confusão no entendimento dos critérios vigentes.

2.4. Parecer AGU/LA-04/94

O parecer reconhece a revogação do § 1° do art. 1° da Lei n° 5.709, de 7 de outubro de 1971, apesar da revogação do art. 171 da Constituição de 1988 e abre espaço para a possibilidade de legislação futura limitar o capital estrangeiro à luz de fundamentos relevantes.

2.5. Emenda Constitucional no. 6 de 1995 - Empresa Brasileira X Empresa Estrangeira

A EC no. 6/95 altera o inciso IX do artigo 170 conferindo tratamento "favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País". Além disso, revoga o artigo 171 e, discorrendo mais uma vez sobre a nacionalidade da administração da empresa brasileira, altera o parágrafo 1º. do artigo 176 da CF definindo que

> "a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no

ISSN 1679-8902

> País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas."

A emenda favorece, portanto, a empresa brasileira com sede no Brasil e exclui a empresa brasileira que possui sede no exterior do rol de empresas que possam explorar os recursos minerais.

Segundo Bastos, a importância dessa emenda não se restringe às alterações inseridas no ordenamento jurídico. Para além disso, coloca fim à discussão sobre a diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Enfatiza que nada confronta mais o capital estrangeiro do que a "submissão a um regime jurídico diferenciado do previsto para as empresas nacionais" (BASTOS, 2000, p.44)

2.6. Parecer GQ-181, de 1998

Em 17 de Dezembro de 1998, o Advogado Geral da União, Geraldo Magela da Cruz Quintão, reexaminou o Parecer n° AGU/LA-04/94, diante da revogação do art. 171 da Constituição de 1988. Manteve inalterada a conclusão do Parecer no que se refere à revogação do § 1° do art. 1° da Lei n° 5.709, de 7 de outubro de 1971, apesar da revogação do art. 171 da Constituição de 1988.

Discute porque entende que poderá lei futura dispor sobre o assunto. Ao evocar o Parecer CONJUR nº 231/95, da Consultoria Jurídica do Ministério da Ciência e Tecnologia, lembra que o espírito da EC 6/95 é "permitir o tratamento igualitário dos capitais, independentemente de sua origem" (16). Lembra que tal entendimento fora corroborado pelo Parecer PGFN/CAT/N° 1615/96, pois com a revogação do art. 171, foi desconstitucionalizado o conceito de empresa brasileira. Menciona vários artigos da CF de 1988 que tratam da participação de capital estrangeiro como (i) o caput do art. 222 que restringe a propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão a brasileiros natos ou naturalizados; (ii) o § 3º do art. 199 da Constituição que veda a participação de capital estrangeiro na assistência à saúde no País; (iii) o art. 192 da Constituição, que prevê a regulação do sistema financeiro nacional por lei complementar; (iv) o art. 172 da CF que prevê a regulamentação dos investimentos estrangeiros e remessa de lucros; e (v) a Lei n° 4.131, que trata

ISSN 1679-8902

da aplicação e remessa para o exterior do capital estrangeiro, cujo art. 1º. desvincula a conceituação de capital estrangeiro da nacionalidade de seu proprietário.

Segundo o parecer, com a Emenda Constitucional nº 6, deu-se a revogação do art. 171 da Constituição. Como tal revogação, não enseja a repristinação da norma revogada o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709/71 deve ser mantido como revogado.

3. Parecer da AGU de 2010

Em 19 de Agosto de 2010, o Advogado Geral da União, Luis Inácio Lucena Adams, revisou e aprovou o parecer GQ-181, de 1998, equiparando a "empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras".

O parecer foi emitido a partir da exposição dos seguintes tópicos: (i) Antecedentes, (ii) O papel da AGU na análise da questão; (iii) Parecer nº GQ-22, de 1994; (iv) A Emenda Constitucional nº 6, de 1995 e o fim do conceito de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional; (v) A interpretação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971 no que tange aos requisitos para a equiparação da empresa brasileira à empresa estrangeira; (vi) Conclusões e encaminhamentos. Abaixo estão descritos alguns elementos referentes aos tópicos mencionados que podem contribuir com a discussão sobre a nacionalidade do capital nas empresas de propriedade rural. As referências diretas ao texto do parecer contêm o número do item do parecer entre parêntesis.

3.1. Antecedentes

Em reunião na Casa Civil da Presidência da República, em 15.06.2007, o tema foi discutido tendo como base a escassez mundial de alimentos e a adoção do biocombustível como fonte de diversificação da matriz energética nacional. Discutiu-se a revisão do PARECER Nº GQ-181, no sentido de se restringir a aquisição de terras por empresas brasileiras controladas por estrangeiros ou de empresas estrangeiras. O foco da discussão era a

ISSN 1679-8902

possibilidade de se estender às empresas brasileiras controladas por estrangeiras, as mesmas restrições impostas pela lei nº 5.709, de 1971, às empresas estrangeiras.

Existia o entendimento de que dados do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, apontavam para a inexistência de "condições objetivas" para controlar a aquisição e o arrendamento de terras por empresas brasileiras controladas por estrangeiros não-residentes no território nacional.

A questão é colocada como de "caráter estratégico" uma vez que a inexistência de controle pode (i) afetar as áreas de proteção e preservação ambiental a partir da utilização para atividade agrícola; (ii) gerar especulação imobiliária aumentando o custo da desapropriação para fins de reforma agrária e a diminuição de áreas disponíveis; (iii) abrir espaço para "venda ilegal de terras públicas"; (iv) facilitar o emprego de recursos provenientes de atividades ilícitas como lavagem de dinheiro, ou tráfico de drogas; (v) contribuir para o processo de grilagem de terras, a "proliferação de "laranjas" na aquisição dessas terras" e a biopirataria na Região Amazônica; (vi) incentivar a expansão descontrolada da produção de etanol e biodiesel; e (vii) fragilizar a segurança nacional através da aquisição de terras em faixa de fronteira.

Importante ressaltar que cada um dos pontos levantados podem ser questionados uma vez que a nacionalidade do capital não muda a possibilidade de controle, nem da especulação imobiliária, nem prejudica a reforma agrária pois incidem sobre a propriedade do estado. Da mesma forma, atividades ilícitas como grilagem ou biopirataria devem ser coibidas independentemente se praticadas por nacionais ou estrangeiros. Por último, a faixa de fronteira pode ter tratamento diferenciado sem que prejudique a diminuição de fluxo de recursos provenientes do capital estrangeiro.

Tanto a Consultora da União, Grasiela Moura através de Nota apresentada em 06.07.2007 como o Presidente do INCRA, Rolf Hackbart, em audiência ocorrida em 05.03.2008, concordavam com a necessidade de se regular por meio de lei ordinária a restrição ao capital estrangeiro, uma vez que, corroborando o parecer nº GQ-181, entendia-se que o §1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

ISSN 1679-8902

Isso porque a aquisição de terras por estrangeiros poderia ser legalmente aceita, uma vez que empresa brasileira controlada por capital estrangeiro contaria com as mesmas possibilidades para aquisição de terras que empresas brasileiras de capital nacional.

3.2. O papel da AGU na análise da questão

O parecer lembra que a AGU, quando em 1994 foi consultada pelo Ministério da Agricultura, Abastecimento e Reforma Agrária, sobre o entendimento a respeito da recepção pela Constituição Federal de 1988 do parágrafo da Lei nº 5.709, de 1971, emitiu o parecer GQ-22, acolhendo o Parecer Nº AGU/LA - 04/94, que não reconhecia a recepção do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, uma vez que o art. 171, I da CF, não admitiu que a definição de empresa brasileira se restringiria àquela que estivesse expressamente descrita na Constituição.

O parecer lembra a extensão ao arrendamento de terras das mesmas restrições impostas à aquisição de áreas rurais por estrangeiros pela Lei nº 5.709, de 1971 e conclui que, segundo a AGU, as empresas brasileiras, mesmos controladas por estrangeiros, não estavam sujeitas à restrição para aquisição ou arrendamento de áreas rurais. Lembra também a EC nº 6 que eliminou a diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional. Considerando que o art. 171 da Constituição Federal, que havia fundamentado o parecer GQ-22, foi revogado, o reexame do mesmo foi solicitado.

Como o Parecer GQ-22, de 1994, considerou que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971 fora revogado, a partir da revogação do artigo 171, questionava-se a possibilidade da repristinação do referido parágrafo transcrito abaixo:

> "Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.
>
> § 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior."

ISSN 1679-8902

O Parecer AGU nº GQ-181, de 1998, admitia a repristinação. Portanto, apesar de revogado o artigo 171 da CF, o assunto volta a ser discutido pela mídia no decorrer de 2007.

3.3. Parecer nº GQ-22, de 1994

3.3.1. Os fundamentos e as conclusões do Parecer nº GQ-22, de 1994

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior, Consultor-Geral da União, enuncia que se pretendia questionar se a redação original da CF, que continha o artigo 171, admitia a equiparação entre empresa estrangeira e empresa brasileira com capital estrangeiro e, portanto, se as restrições daí decorrentes se aplicavam, ou seja pretendia-se verificar a compatibilidade entre norma infraconstitucional anterior à Constituição de 1988 e a própria Constituição. Se compatível, o texto teria sido recepcionado, do contrário, deveria ser considerado revogado.

Quanto à recepção, Vieira Junior evoca a ADI nº. 415 na qual o Relator Ministro Paulo Brossard, esclarece que se a Constituição não revoga lei anterior, então a recepção se configura. Lembra que o Parecer no. GQ-22 não fora publicado no Diário Oficial da União e, portanto, não possuía efeito vinculante para toda a administração pública federal.

Quanto ao artigo 171 da CF, lembra que a diferenciação prevista nos incisos I e II, fazia sentido pois pretendia estimular a empresa brasileira de capital nacional sem fazer qualquer restrição às empresas brasileiras. Assim, não havendo expressa restrição pela Constituição, também não poderia haver restrição gerada por legislação infraconstitucional. Para dirimir interpretação incorreta com relação à restrição prevista pela Lei nº 5.709, de 1971, Vieira Junior esclarece que a mesma era constitucional já que a Constituição de 1967, através da Emenda Constitucional nº 1, de 1969, não conceituava empresa brasileira, e portanto restrições poderiam ser trazidas por lei ordinária.

3.3.2. Aspectos lógicos e metodológicos

Vieira Junior remete a Luis Roberto Barroso e Canotilho para lembrar que a interpretação da constituição deve seguir os seus princípios fundamentais além de priorizar os pontos de vista que permitam a “máxima efetividade” da norma aplicada a cada caso (68).

ISSN 1679-8902

Com relação à compatibilidade do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, com o inciso II do § 1º do art. 171 da Constituição Federal de 1988, em sua redação original, e as restrições genéricas às empresas brasileiras cumpre esclarecer que em setores imprescindíveis ao desenvolvimento tecnológico nacional as empresas brasileiras não poderiam atuar. Somente as empresas brasileiras de capital nacional e, ainda assim, se cumprissem requisitos adicionais aos necessários à sua conceituação.

Segundo o parecer, a Constituição Federal de 1988 impunha, em verdade, restrições genéricas às empresas brasileiras de capital nacional, ao contrário do que sustentava o Parecer nº. GQ-22 de 1994. Tais restrições, com certeza se estendem às empresas brasileiras com capital estrangeiro. Por conseguinte, lei infra-constitucional poderia dispor a respeito de tais restrições, o que permite asseverar que o § 1º do art. 1º. da Lei nº. 5.709, de 1971, deve ser considerada recepcionada.

Quanto à compatibilidade do § 1º do art. 1º. da Lei nº. 5.709, de 1971, com relação ao artigo 190 da CF, abaixo transcrito,

> "Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional."

O parecer GQ-22, levantava a questão de ter o artigo diferenciando empresas estrangeiras das empresas brasileiras de capital estrangeiro da mesma forma que o referido artigo da lei de 1971. Neste ponto, citando Luís Roberto Barroso e o Ministro Carlos Maximiliano, invoca a interpretação teleológica da norma, para buscar o real alcance do artigo. Afirma que tal artigo visa conferir "mecanismos de controle sobre a apropriação por estrangeiros" (109). Cita Nelson Nery Costa e Geraldo Magela Alves, que lembram o possível conflito de interesses entre as empresas estrangeiras e o próprio país (110) e que a lei de 1971 traz a regra que confere à empresa brasileira controlada por estrangeiros o mesmo status que a empresa estrangeira.

Vieira Junior lembra que a lei de 1971 é perfeitamente compatível com os dispositivos constitucionais referentes à soberania (art. 1º,I), garantia de desenvolvimento nacional (art.3º, II) e relações internacionais (art.4º). A soberania é "ao mesmo tempo instrumento e objetivo a nortear a atuação do

ISSN 1679-8902

Estado brasileiro no que concerne à atividade econômica" (120). Cita Canotilho e Dworkin para lembrar que se trata de um princípio impositivo com dupla função: instrumental e de objetivo a ser buscado caracterizando-se como norma-objetivo (121). Como o território integra o "próprio conceito de Estado" (123), a apropriação deste por estrangeiros deve ser limitada e disciplinada. Cita ainda Dallari para lembrar que a soberania pode ser entendida como sinônimo de independência ou como "expressão do poder jurídico mais alto" (126). A garantia de desenvolvimento nacional aliada à soberania pretende conferir condições ideais de desenvolvimento ao país.

Vieira Junior cita o Ministro Eros Grau para lembrar que a soberania deve ser vista como um instrumento para "assegurar a todos existência digna" (131).

Tratando da compatibilidade da lei de 1971 com o art. 172 da CF de 1988 que se refere à necessidade de se disciplinar os investimentos de capital estrangeiro, com base no interesse nacional, Vieira Junior cita José Afonso da Silva para reiterar que a Constituição não traz artigos que se opõem ao capital estrangeiro mas apenas disciplina os investimentos de não brasileiros visando a "soberania econômica nacional" (133) além de lembrar a inadequação da censura a tal dispositivo posto que apenas disciplina o capital estrangeiro da mesma forma que empresas o fazem.

Para esclarecer o conceito de capital estrangeiro, transcreve o artigo 1º. da Lei nº 4.131,

> "Art. 1º Consideram-se capitais estrangeiros, para os efeitos desta lei, os bens, máquinas e equipamentos, entrados no Brasil sem dispêndio inicial de divisas, destinados à produção de bens ou serviços, bem como os recursos financeiros ou monetários, introduzidos no país, para aplicação em atividades econômicas desde que, em ambas as hipóteses, pertençam a pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no exterior. "

Considerando que o art. 172 da CF prevê que os investimentos de capital estrangeiro devem ser disciplinados por lei ordinária. Se tais investimentos são aqueles pertencentes a residentes ou empresas sediadas no exterior, então a lei de 1971, em benefício do interesse nacional, regula os

ISSN 1679-8902

"investimentos de capital estrangeiro realizados por empresa brasileira controlada por estrangeiros não residentes, no que concerne à aquisição ou arrendamento de imóveis rurais" (136)

Vieira Junior invoca uma vez mais o Ministro Eros Grau para confirmar a recepção da lei de 1971 uma vez que o conceito de capital estrangeiro é diferente da noção de empresa e, portanto, que empresas brasileiras podem fazer investimentos com capital estrangeiro.

Quanto à compatibilidade da Lei de 1971 com o artigo 5º. da CF que veda a "distinção entre brasileiros e estrangeiros residentes no País na fruição de direitos e garantias" (CF 1988, art.5º.), Ronaldo assevera que se trata de uma regra geral sujeita a limitações quando existe evidência de conflito com bens e direitos fundamentais, como é o caso da soberania nacional e proteção de setores estratégicos.

No que se refere à lei nº 8.629, de 1993, Vieira Junior lembra que, no seu artigo 23 estão descritos os limites conforme refere o artigo 190 da CF (153) além de ter fixado a Competência do Congresso Nacional para aprovação de aquisição ou arrendamento por estrangeiros, fora dos limites da lei de 1971, conforme transcrição abaixo:

> "Art. 23. O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.
>
> § 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no caput deste artigo.
>
> § 2º Compete ao Congresso Nacional autorizar tanto a aquisição ou o arrendamento além dos limites de área e percentual fixados na Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, como a aquisição ou arrendamento, por pessoa jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida."

Ou seja, a legislação ordinária, reconhece, através da lei de 1993 e, portanto 5 anos após a promulgação da CF, a recepção constitucional da lei de 1971 (156).

ISSN 1679-8902

Pode se afirmar que a principal conclusão do Parecer CQ-22 que confirmou o Parecer nº AGU/LA-04/94 de que, com a revogação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, não havia mais impedimento à aquisição de imóvel rural por estrangeiros (159), não deve ser aceita devido às "divergências hermenêuticas apontadas" (160). Dessa forma, os limites previstos na lei de 1971 podem ser aplicados a empresas brasileiras com capital estrangeiro, porquanto serem empresas equiparadas a estrangeiras.

3.4. Emenda Constitucional n$^{o.}$ 6 de 1995

Como visto anteriormente, a EC n$^{o.}$ 6 favoreceu a empresa brasileira com sede no Brasil e excluiu a empresa brasileira que possui sede no exterior do rol de empresas que possam explorar os recursos minerais; revogou o artigo 171 da CF além de ter alterado o inciso IX do artigo 170 e o § 1º do art. 176 da CF (162). Assim, deixou de existir a diferenciação entre empresas controladas por pessoas físicas residentes no país ou por entidades de direito público interno (163). A empresa será considerada brasileira se estiver constituída sob as leis brasileiras e tiver sua sede e administração no país.

Mais uma vez a AGU foi chamada para esclarecer se a revogação do art.171 da CF através da EC no. 6, manteria a revogação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971.

A manifestação da AGU veio através do PARECER Nº AGU/LA-01/97, de 17.03.97, aprovado pelo PARECER Nº GQ-181, de 1998, que como foi aprovado pelo Presidente da República (Diário Oficial da União, de 22.01.99) deve ser considerado de efeito vinculante para toda a administração pública federal (168). Manteve-se o entendimento de que o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, não mais vigia, pois com a revogação do art.171 não teria havido a repristinação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971 (169).

Vieira Junior lembra que a Lei de Introdução ao Código Civil, de 04 de setembro de 1942, em seu art. 2º, § 3º, sustenta esse entendimento (171):

> "Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.
>
> § 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."

ISSN 1679-8902

Vale lembrar que a atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro manteve a redação do artigo 2$^{0.}$ e § 3^{o} e portanto a lei de 1971, que fora revogada, não pode ser considerado restaurada devido à revogação do artigo 171 da CF.

Se as restrições para aquisição e arrendamento de terras pelo capital estrangeiro não eram consideradas inconstitucionais, e se a lei de 1971 fora revogada, então se o legislador pretendesse que vigorasse tais restrições, deveria haver uma lei que as normatizasse.

Ocorre, entretanto, que há diferença formal entre o parecer GQ n$^{o.}$22 de 1994 e o segundo parecer GQ-181 de 1998, já que o segundo baseia sua argumentação na questão da repristinação, o que parece a Vieira Junior, uma premissa falsa (186), pois, como já demonstrado anteriormente, o presente parecer sustenta que a lei de 1971 foi recepcionada pela CF de 1988.

É ainda preciso discutir se a lei de 1971 foi revogada pela EC n$^{o.}$ 6 (188) pois, apesar de ter eliminado a diferenciação entre empresa brasileira e empresa brasileira de capital nacional, há ainda que se fazer uma análise sistêmica dos artigos da CF de 1988 de no. (i) 170º, I e 1º, I, (ii) 172, (iii) 3º, II, (iv) 4º, I e (v) 5º, respectivamente no que diz respeito à (i) soberania, (ii) normatização dos investimentos feitos pelo capital estrangeiro, (iii) garantia do desenvolvimento nacional, (iv) independência nacional e (v) igualdade entre brasileiros e estrangeiros residentes (189).

3.5. A interpretação do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971 no que tange aos requisitos para a equiparação da empresa brasileira à empresa estrangeira

A lei de 1971 (i) equipara a empresa brasileira à empresa brasileira com acionista que tenha sede ou residência no exterior, (ii) veda a aquisição de áreas rurais no país a estrangeiros não residentes e às empresas de capital estrangeiro não autorizadas a operar no país (203) e (iii) se funde com a Lei nº 8.629, de 1993, no que se refere à aquisição e ao arrendamento de imóveis rurais, sem discorrer a respeito de imóveis urbanos.

Quanto ao requisito sobre a equiparação citada em (i) no parágrafo anterior, é importante ressaltar que (a) se refere à participação direta (a própria pessoa detém o capital da empresa brasileira) ou indireta (detenção do capital

ISSN 1679-8902

por pessoa interposta) (212), (b) depende da detenção da maioria do capital em mãos de estrangeiro (214), e (c) pressupõe que o detentor do capital seja estrangeiro não residente (227). Pretendeu o legislador com a lei de 1971, restringir a aquisição de terras por estrangeiros sem vínculo com o país de forma a possibilitar o controle sobre o território nacional.

3.6. Conclusões do parecer

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior cita Gilmar Mendes para lembrar que deve-se considerar o princípio da proporcionalidade no estudo da questão da propriedade de terras, pois ao mesmo tempo que é preciso reconhecer o estatuto da propriedade privada, não se pode deixar de preservar a função social da terra. (246). Para o relator, a lei de 1971 utilizou-se do princípio da proporcionalidade ao restringir a aquisição de terras ao estrangeiro e a empresas com capital estrangeiro, posto que se preocupou com a soberania nacional e o desenvolvimento nacional (247).

Com relação ao questionamento sobre a mudança constitucional, à recepção ou não do § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, pela Constituição de 1988, e à impossibilidade de repristinação da norma, então considerada revogada, pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995, Vieira Junior acredita que por todo o exposto, e pela especulação imobiliária a que estão sujeitas as terras, a possibilidade de geração de energia por fontes renováveis e a abundância de riqueza mineral, a restrição à propriedade não gera insegurança jurídica. A utilização de recursos da hermenêutica constitucional, afasta a interpretação literal que gerou entendimentos equivocados como o que pretendia justificar pela constitucionalização do conceito de empresa brasileira e de empresa brasileira de capital nacional, o término das restrições impostas a empresas brasileiras (262). Esse parecer conclui que “diferentemente do alegado em outras épocas pela Advocacia-Geral da União, o § 1º do art. 1º da Lei nº 5.709, de 1971, é compatível com o texto constitucional de 1988” (264).

Vieira Junior ressalta que, mesmo que esse parecer seja aprovado pelo “Presidente da República e publicado no Diário Oficial da União com a conseqüente produção de efeito vinculante sobre toda a administração pública federal”, ainda assim não terão sido enfrentadas “todas as dimensões do problema” (267). Assim é, pois, apesar de limitar a aquisição de propriedades a

ISSN 1679-8902

(i) empresas com maioria de capital estrangeiros, (ii) pessoas físicas residentes no exterior, (iii) empresas sediadas no exterior e (iv) empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no Brasil, será ainda necessária legislação ordinária para limitar a aquisição de terras a (i) empresas brasileiras com maioria de capital nacional, (ii) empresas brasileiras com maioria do capital detido por estrangeiro e (iii) pessoas físicas ou jurídicas residentes ou com sede no Brasil.

O parecer, portanto, ratifica o entendimento de que a legislação restringe a aquisição de propriedades rurais por estrangeiros e afasta o entendimento de que tal restrição gere insegurança jurídica, apesar de todas as evidências contrárias. Reforça que a restrição deve ser mantida como mecanismo de controle da especulação imobiliária, e no sentido de proteger setores estratégicos como a geração de energia por fontes renováveis e a exploração de riquezas minerais.

4. Decisões recentes – mitigação das restrições ao capital estrangeiro

4.1. Parecer de nº 461/2012 da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo de dezembro de 2012

O Parecer se posiciona contrariamente ao Parecer da AGU de 2010 acima citado. Faz referência à recomendação do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) de 13 de julho de 2010, para que as Corregedorias locais ou regionais garantissem que os cartórios de Registro de Imóveis e Tabelionatos de Notas observassem o disposto na Lei n.º 5.709 de 1971, ao lavrar “aquisição de terras rurais por empresas brasileiras com participação majoritária de estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas". Lembra que tal recomendação advém do Parecer aprovado pela AGU em 19 de agosto de 2010, recomendado pelo consultor Geral da União Ronaldo Jorge Araújo Viera Junior, em 03 de setembro de 2008.

Cita decisão do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 12 de setembro de 2012 que se coloca contrariamente à recepção pela CF/88 do § 1.º do artigo 1.º da Lei n.º 5.709/1971. Explica que, apesar do artigo 190 da CF/88 dispor que "a lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira”, não se pode admitir a ampliação desta interpretação até o ponto em que viesse

ISSN 1679-8902

a prejudicar o princípio da livre iniciativa. Especificamente lembra que empresas constituídas sob leis brasileiras e com sede e administração no país, mesmo que com maioria de capital estrangeiro não podem sofrer tais restrições. Reforça que a CF/88 não diferencia a empresa brasileira de capital estrangeiro para impor restrições, mas apenas para definir benefícios ou incentivos.

Cita Fábio Konder Comparato para diferenciar o controle interno ordinário (aquele que é definido em função do percentual de ações ou votos), do controle externo ordinário, que não necessariamente é exercido por algum membro de qualquer órgão e pode resultar de diversas situações, como por exemplo, de endividamento pelo qual o credor passa a controlar a sociedade. Casos como esse deixam evidente que o controle como sinônimo de maioria de ações não pode ser aplicado para "lidar com os movimentos empresariais modernos".

Ora a constituição considerou a nacionalidade da empresa e não a do capital ou dos que exercem o controle. As diversas formas de poder de controle, não estão reguladas pela lei de 5.709/1971. Além desse elemento, para sustentar a não recepção da referida lei pela CF/88 deve-se acrescentar a restrição à livre iniciativa e ao direito de propriedade e a ausência de mecanismos de fiscalização e controle da aquisição de terras em função do poder de controle interno não ordinário ou externo. É evidente que a lei "compromete a unidade lógica, a coerência do sistema jurídico".

Além disso, os artigos 171 e 190 da CF/88, ao tratar do tema, mencionam expressamente a pessoa jurídica estrangeira o que, mais uma vez, sugere a não recepção da lei de 1971 não autorizando a equiparação de empresa brasileira com capital estrangeiro à empresa estrangeira.

Adicionalmente, a partir da EC no. 6, mesmo se a lei de 1971 fosse compatível com o texto constitucional, não estaria vigente pois não houve expressa referência à repristinação.

O parecer lembra que a partir de uma maior relação entre as economias mundiais, a demanda por capitais estrangeiros mitigou o sentido discriminatório sobre o capital de outros países sem com isso eliminar a

ISSN 1679-8902

possibilidade de incentivar o capital nacional e sem prejuízo do controle da União mediante autorização e concessão.

Lembra também, que quando da promulgação da lei de 1971, a CF/67, através da EC no.1 de 1969, § 34 do seu artigo 153, era bem mais restritiva, mesmo para brasileiros, quanto à aquisição de imóvel rural, tornando aceitável as restrições impostas pela referida lei.

4.2. Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo de Janeiro de 2013

No início de 2013, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) concedeu autorização para que uma empresa brasileira controlada por estrangeiro registrasse terras rurais em seu nome (BRASIL, 2013). A Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de São Paulo, seguindo o Parecer nº LA-01, de agosto de 2010, da AGU, havia negado o registro com base na Lei nº 5.709. O TJ-SP, entretanto, se manifestou no sentido de que não pode haver distinção entre empresas brasileiras, pois a lei não foi recepcionada pela CF/88. Segundo a decisão, mesmo que a lei ainda vigorasse, no caso em questão houve uma incorporação apenas e não uma operação de compra e venda.

4.3. Portarias de n$^{os.}$ 510 a 512 de 6 de setembro de 2013

O Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA, concedeu a cidadãos de nacionalidade chilena o direito de aquisição de 112,8389 hectares no Estado de Minas Gerais (portaria no. 510), a cidadãos de nacionalidade alemã o direito à aquisição de 2.194,0448 hectares nos municípios de Porto dos Gaúchos e Itanhangá no estado de Mato Grosso (portaria no. 511), e à Sociedade Empresária Fazenda MIH Ltda, empresa brasileira equiparada a pessoa jurídica estrangeira, o direito de compra de de 854,7560 hectares na cidade de Cristalina, estado de Goiás.

São decisões importantes que corroboram o entendimento do parecer da AGU de nº 461/2012 acima detalhado e apontam para um novo caminho no que se refere à propriedade de terras por estrangeiros no país.

5. Desafios para a propriedade de terras

ISSN 1679-8902

5.1. Motivação para restringir a propriedade estrangeira de terras

A diferenciação entre empresa estrangeira e empresa brasileira, largamente citada e analisada nos pareceres acima referidos, foi segundo Silva "um dos mais debatidos e controvertidos no seio da Assembléia Nacional Constituinte". Para ele, ao final concluiu-se por se admitir

> "a existência de empresas brasileiras, empresas brasileiras de capital nacional e empresas não brasileiras (empresas estrangeiras e empresas multinacionais ou transnacionais)" (SILVA, 2009 p. 797, 798).

A partir da revogação do artigo 171 manteve-se apenas o conceito de empresa brasileira ou não-brasileira, sendo a diferença entre elas apenas formal, pois

> "basta que a empresa estrangeira ou multinacional se organize aqui segundo as leis brasileiras e tenha sede aqui para ser reputada brasileira, pouco importando a nacionalidade de seu capital e a nacionalidade, domicílio e residência das pessoas que detêm o seu controle.[...] Suprimido o conceito de empresa brasileira de capital nacional, com a revogação do art. 171, igualmente suprimidos ficaram os privilégios e preferências que a acompanhavam e que não se transferem para as empresas constituídas sob as leis brasileiras e com sede e administração no país" (SILVA, 2009, p.798).

Por que então a discussão sobre direitos e privilégios a empresas e indivíduos brasileiros e restrições aos estrangeiros?

Vedovato menciona que:

> "A possibilidade de o Estado definir todas as regras sobre a nacionalidade sofreu grande impacto com o aprofundamento das relações entre os Estados e a maior interdependência entre os países, o que foi reflexo, de forma bastante clara, do surgimento ou incremento do fenômeno chamado globalização, com consequências para as relações entre indivíduos e Estados" (Vedovato, 2012).

Ora, não é possível ignorar o fenômeno da globalização quando se trata de legislar a respeito do capital estrangeiro. Se, por um lado, o ingresso de capitais externos podem interferir na alocação das riquezas nacionais, é fundamental que se garanta o afluxo de capitais, não importa de que nacionalidade sejam, como forma de maximizar o processo de

ISSN 1679-8902

desenvolvimento e geração de riquezas. O que não implica a inexistência de regras sob o capital independentemente se nacional ou externo.

Silva lembra que a Constituição brasileira garante aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à propriedade (art. 5º, *caput*). Em seguida comenta que "não é bem como ali se diz, porque ela própria admite restrições quanto ao direito de propriedade" e se refere à restrição do direito de propriedade de imóveis rurais (SILVA, 2009, p. 339). Quando descreve a condição jurídica do estrangeiro no Brasil, Silva lembra que os estrangeiros residentes no Brasil têm os mesmos direitos e deveres dos brasileiros (SILVA, 2009, p.335).

Pode-se dizer que o disposto no art. 5º e o entendimento dos direitos de estrangeiros residentes está em contraposição às restrições impostas pela Constituição. As contradições que daí emergem foram largamente exploradas nos pareceres da AGU mencionados acima. Porém, o que motiva tais restrições? A soberania, a independência e a proteção do desenvolvimento econômico no interesse do país são suficientes para justificar a imposição de tais restrições?

Silva menciona que o art.1º da Constituição confere à soberania o status de "um dos fundamentos da República Federativa do Brasil" e à independência nacional status de "um dos princípios da ordem econômica". Lembra ainda que, se tomados ao pé da letra, pode-se inferir que o país deve estabelecer a "ruptura de sua dependência em relação aos centros capitalistas desenvolvidos". Tal tarefa foi confiada, pela Constituição, à burguesia nacional e pretende criar "um capitalismo nacional autônomo, isto é, não dependente" (SILVA, 2009, p. 792).

Bastos reconhece que não existe soberania absoluta, uma vez que a atividade econômica implica a dependência de uns estados a outros. E tal dependência é, em certa medida, um dos elementos que promovem o desenvolvimento na sociedade moderna (BASTOS, 2000).

Num cenário mundial onde as relações inter-países assumem um papel cada vez mais importante, como se pode pretender romper com a dependência de outros centros?

ISSN 1679-8902

> "Com a intensificação das relações entre os Estados, fenômeno conhecido como globalização, houve uma sensível transformação no mundo, o que conduziu a interações mais profundas entre o direito internacional e interno" (Vedovato, 2012).

Pode-se questionar se, à época da promulgação da atual constituição, em 1988, o caminho inexorável da globalização não estava tão claramente desenhado como nos dias de hoje, mas há que se admitir a atualização do conceito de independência para que não inclua, necessariamente, a restrição ao capital estrangeiro. Senão, o país poderia caminhar para uma situação de restrição à importação e à exportação, por exemplo, que claramente se mostraria prejudicial ao desenvolvimento nacional.

A soberania e a defesa dos interesses nacionais, como explicitado no item 5.3 a seguir, não depende de restrição ao direito à propriedade. Podem ser protegidos através de mecanismos de controle e prestação de contas, que não decorrem da restrição da propriedade ao estrangeiro.

Do ponto de vista estritamente econômico, os grandes latifundiários que têm aumentado expressivamente a quantidade de áreas que exploram, poderiam se beneficiar do aumento do preço das terras que seria impulsionado pela definitiva eliminação das restrições às aquisições por estrangeiros, em decorrência do aumento da procura por terras. Por que então não se posicionam a favor da maior abertura ao capital estrangeiro? Será que preferem primeiro "tomar" todo o território para depois se beneficiar do aumento de preços numa abertura futura?

5.2. Propriedade rural e reforma agrária

Segundo Silva, a ligação da propriedade agrária à ordem econômica, insere-a no direito econômico público e a obriga ao cumprimento do fim da ordem econômica conforme definido pelo art.170 da CF: *assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social* (SILVA, 2009, p. 819).

A função social da terra deve ser vista como mais do que bem patrimonial, obrigando o proprietário a utilizá-la como meio de produção (SILVA, 2009, p. 819).

ISSN 1679-8902

O artigo 186 da CF estabelece os critérios para o cumprimento da função social da propriedade rural: aproveitamento, utilização dos recursos, preservação do meio ambiente, atenção à legislação trabalhista e exploração que favorece o bem estar dos proprietários e trabalhadores.

A reforma agrária é, segundo Silva, a sanção para o imóvel que não cumpra sua função social. Silva lembra que nada tem a ver com revolução agrária como as ocorridas na antiga União Soviética e na China de Mao. Trata-se de uma intervenção estatal na economia agrícola não para "destruir o modo de produção existente, mas apenas para promover a distribuição da propriedade e da renda" consolidando o modelo existente, ao invés de destruí-lo. Lembra, entretanto, que o caráter conservador da Lei Complementar nº 76 , de 6 de julho de 1993, que recomenda a distribuição das terras para unidades familiares, embute uma ideologia que salvaguarda o sistema e garante apoio eleitoral à classe dominante. Melhor seria privilegiar a implantação de cooperativas de produção ou fazendas comunitárias o que estaria mais afinado com o estado democrático de direito (SILVA, 2009 p. 821-823).

5.3. Alguns exemplos de restrição para aquisição de terras em outros países

O Parecer da AGU nº 461/2012 menciona diplomas de alguns países no que se refere às restrições para aquisição de áreas rurais por estrangeiros.

Pela legislação federal americana, os estrangeiros têm obrigação de apresentar relatórios sobre a aquisição ao Secretário de Agricultura. Em Nova York, para possuir terras rurais o estrangeiro deve naturalizar-se americano. Na Virgínia, o estrangeiro só pode deter a posse, mas não a propriedade. Em Iowa e no Missouri, não há restrições para negociação de terras a não ser àquelas destinadas à agricultura que não podem pertencer a indivíduos ou empresas não residentes.

Pela legislação mexicana, o estrangeiro não pode possuir terras na fronteira e beira-mar e necessitam de autorização específica para aquisição de terras urbanas ou rurais.

Segundo Torres e Silva, na África do Sul, não há previsão de restrição para aquisição de terras por estrangeiros, da mesma forma que na Alemanha e Reino Unido. O Chile, Bolívia e Equador restringem apenas a área de fronteira.

ISSN 1679-8902

Na Finlândia o estrangeiro tem o mesmo tratamento que os nacionais. Na Noruega, a aquisição de imóvel rural depende de autorização da autoridade do local de registro. A Argentina restringe a aquisição de terras por estrangeiros que sejam de país limítrofe ao local fronteiriço e proíbe a qualquer estrangeiro a aquisição de área em zona de segurança nacional. Cuba não permite a transmissão de propriedade de terras a empresas ou indivíduos. Na China, a propriedade pertence ao Estado ou à coletividade camponesa sendo permitido aos indivíduos e empresas praticarem a exploração das terras. A Índia restringe a aquisição de terras destinadas à agricultura aos estrangeiros e aos não residentes (Torres e Silva, 2011).

6. Considerações Finais

A necessidade de controle sobre o território nacional e a garantia da soberania nacional, não implicam necessariamente a restrição ao direito de propriedade ao estrangeiro. Podem ser exercidas através de mecanismos de controle nos diversos níveis da federação. Por isso o legislador brasileiro resolveu revogar a lei de 1971, que restringia a aquisição de terras por estrangeiros sem vínculo de residência com o país.

A restrição legal da aquisição de terras por estrangeiros por si só não garante o entendimento preciso do quadro atual de exploração e desenvolvimento conforme apontado pelo parecer da AGU de 2010.

Adicionalmente, a nacionalidade do capital não é a única forma de controle de um empreendimento brasileiro pelo capital estrangeiro. Mecanismos de dívida, por exemplo, com credor externo podem igualmente garantir o controle de empresa brasileira o que evidencia a pouca abrangência, ou até mesmo a ineficiência da legislação vigente para restringir a propriedade de terra ao estrangeiro.

Vários países, como os citados neste trabalho garantem a soberania, o incentivo ao desenvolvimento ou mesmo a proteção a atividades estratégicas, através de mecanismos de controles diferentes da restrição à propriedade por estrangeiros.

ISSN 1679-8902

A motivação para a restrição de propriedade rural no país precisa ser discutida à luz do interesse nacional e da função social da propriedade que abrange obviamente os interesses da nação como um todo e também dos proprietários de terras. Importante ressaltar que os proprietários não são apenas os grandes, nacionais ou estrangeiros, mas também, e principalmente os pequenos produtores que têm condições cada vez mais precárias de adquirir um pedaço de terra.

REFERÊNCIAS

ALCANTARA FILHO, J.L. & FONTES, R. M. O.. A formação da propriedade e a concentração de terras no Brasil. **Revista de História Econômica & Economia Regional Aplicada** – Vol., 4 Nº 7, Jul-Dez 2009. Disponível em: <http://www.ufjf.br/heera/files/2009/11/ESTRUTURA-FUNDI%C3%81RIA-ze-luispara-pdf.pdf> Acesso em: 19 out. 2013.

BASTOS, C. R.. **Comentários à Constituição do Brasil**. 7º vol. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Editora, 2000.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil – Texto promulgado em 5 de Outubro de 1988.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em http:// <www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_171_.shtm>. Acesso em: 19 out. 2013.

BRASIL. **Emenda Constitucional no. 6, de 15 de Agosto de 1995.** Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc06.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. **Lei Complementar nº 76 , de 6 de julho de 1993.** Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ ccivil_03/leis/lcp/Lcp76.htm>. Acesso em: 1 nov. 2013.

BRASIL. **Lei no. 5.709, de 7 de Outubro de 1971**. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil 03/leis/L5709.htm>. Acesso em: 14 out. 2013.

BRASIL. **Lei no. 581, de 4 de Setembro de 1850.** Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Secretaria d'Estado dos Negocios da Justiça: 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM581. htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. **Lei no. 601, de 18 de Setembro de 1850**. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio: 1850. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm>. Acesso em: 4 set. 2013.

ISSN 1679-8902

BRASIL. **Lei sem Número de 4 de Setembro de 1850.** Câmara dos Deputados - Legislação Informatizada. Coleção de Leis do Império do Brasil - 1831, Página 182 Vol. 1: 1850. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html>. Acesso em: 4 set. 2013.

BRASIL. **Parecer da Advocacia Geral da União no. 01/2008 – RVJ, Aprovo 19 de Agosto de 2010**. Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/SISTEMAS/SITE/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=258351&ID_SITE=>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. **Parecer da Advocacia Geral da União no. GQ – 181 de 17 de dezembro de 1998 Aprovo 19 de Agosto de 2010.** Presidência da República – Casa Civil – Subchefia para Assuntos Jurídicos. Disponível em: <https://sistema.planalto.gov.br/asprevweb/exec/parecerAGU181.cfm.=>. Acesso em: 16 out. 2013.

BRASIL. **Parecer da Corregedoria de Justiça de SP nº461/2012**. Disponível em Diário de Justiça Eletrônico de 11 de dezembro de 2012, caderno administrativo, p.35 (www.imprensaoficial.com.br). Acesso em: 04 mar. 2013.

BRASIL. **Portaria no. 510, de 6 de setembro de 2013**. Ministério do Desenvolvimento Agrário - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Diário Oficial da União de 9 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://www.in.gov.br/autenticidade.html>, pelo código 00012013090900088.

BRASIL. **Portaria no. 511, de 6 de setembro de 2013.** Ministério do Desenvolvimento Agrário - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Diário Oficial da União de 9 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://www.in.gov.br/autenticidade.html>, pelo código 00012013090900088.

BRASIL. **Portaria no. 512, de 6 de setembro de 2013.** Ministério do Desenvolvimento Agrário - INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA. Diário Oficial da União de 9 de Setembro de 2013. Disponível em: <http://www.in.gov.br/autenticidade.html>, pelo código 00012013090900088.

BRASIL.. TJ-SP autoriza registro de terras por empresa controlada por estrangeiro. **Revista Digital Resenha Eletrônica.** 2013. Disponível em: <https://www1.fazenda.gov.br/resenhaeletronica /?page=&cod=866073>. Acesso 31 out. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Poder Judiciário. **Parecer 461/2012-E - IMÓVEL RURAL - Aquisição por pessoa jurídica brasileira cuja maioria do capital social pertence a estrangeiros residentes fora do Brasil ou a pessoas jurídicas com sede no exterior - Mudança da orientação normativa.** Disponível em: <https://www.extrajudicial.tjsp.jus.br/pexPtl/visualizarDetalhesPublicacao.do?CdTipo publicacao=5&nuSeqpublicacao=4044>. Acesso em: 04 mar. 2013.

CANOTILHO, J. J. G.. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003

HAGE, F.A.S.; PEIXOTO, M.; VIEIRA FILHO, J. E. R.. **Aquisição de Terras por Estrangeiros no Brasil: Uma Avaliação Jurídica e Econômica**. Disponível em http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao/TD114-FabioHage-marcus Peixoto -JoseEustaquio.pdf. Acesso em 04 de Março de 2013 as 14:12

ISSN 1679-8902

TORRES A. V. S e SILVA L. A. G. C. **Aquisição de Terras por Estrangeiros – Legislação Comparada**. Setembro de 2011. Disponível em http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/12498/aquisi%C3%A7ao_terras_ torres%26silva.pdf?sequence=1

VALENÇA, M.L.J.; VINHOLI, L.C.S. Restrições de imóveis Rurais a Estrangeiro. **Jornal Valor Econômico**. São Paulo, 25 de janeiro de 2013. Disponível em http://legiscenter.jusbrasil.com.br/noticias/100310827/restricoes-de-imoveis-rurais-a-estrangeiros. Acesso em 04 de Março de 2013 as 13:28

VEDOVATO, L.R. **Ingresso do estrangeiro no território do Estado sob a perspectiva do Direito Internacional Público**. 2012. Tese (Doutorado em direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Sobre os autores:

Henrique R. C. Sperandio
Telefone: (11) 98331-1347
E-mail: henrique.sperandio@ig.com.br

Luis Renato Vedovato
Telefone: (19) 3701-6683
E-mail: luis.vedovato@fca.unicamp.br

ISSN 1679-8902

CONTRATOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO DE INTEGRAÇÃO

Contratos en el zona del Mercosur: un análisis desde la perspectiva del Derecho de la Integración

BEGALLI, Ana Silvia Marcatto
Faculdade Jaguariúna

Resumo: Este artigo tem por objetivo investigar as regras vigentes para a realização de contratos no âmbito do MERCOSUL sob a perspectiva do Direito de Integração. Primeiramente será realizada uma explanação acerca da mudança do conceito de soberania e a sua flexibilização em prol do desenvolvimento da economia mundial. Posteriormente serão analisados o Direito de Integração, o MERCOSUL e seus desafios. Ao final, o estudo da legislação dos países fundadores do MERCOSUL no que tange à autonomia da vontade, e se tais dispositivos favorecem o comércio e a integração na área do bloco sul-americano.

Palavras-chave: soberania; integração; MERCOSUL; contratos.

Resumen: Este artículo tiene como objetivo investigar la normativa vigente para la ejecución de los contratos en el MERCOSUR desde la perspectiva de la Ley de Integración. Primero habrá una explicación sobre el cambio de soberanía y su flexibilidad en el apoyo al desarrollo de la economía mundial. Más tarde, la ley se analizará la integración, el MERCOSUR y sus desafíos, y al final el miembro fundador de la legislación del MERCOSUR con respecto a la autonomía de la voluntad, y si tales dispositivos promover el comercio y la integración en el área del bloque sudamericano.

Palabras clave: la soberania; la integración; el MERCOSUR; contratos.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo estudar a celebração dos contratos na área do MERCOSUL, tendo por fundamento a integração entre os países, fenômeno que contribuiu para a flexibilização do conceito de soberania. Explica-se: a soberania estatal não se estabeleceu da forma como hoje a conhecemos, eis que experimentou vários conceitos ao longo da história. Em tempos mais remotos ela era exercida somente pelo monarca, até que a teoria do contrato social lançou as bases do Estado Moderno.

Após inúmeros fenômenos ocorridos nas últimas décadas, como por exemplo, a globalização, os blocos econômicos e a cooperação internacional para a proteção aos direitos humanos, houve uma redefinição do conceito de soberania. Os blocos econômicos, em especial, se tornaram uma tendência

ISSN 1679-8902

mundial, criando assim os entes supranacionais ou intergovernamentais. Eles promovem o agrupamento entre os Estados membros, e fomentam o comércio, o fluxo de bens e serviços, e também o intercâmbio cultural. A integração entre os países e a flexibilização da soberania estão, portanto, intimamente ligadas, por isso serão estudados esses dois temas antes de adentrar-se à questão dos contratos no MERCOSUL.

O MERCOSUL é um bloco econômico criado no início da década de 1990, por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Será investigado como os países fundadores do MERCOSU legislam no tocante aos contratos internacionais, se estão em consonância e se permitem que as partes escolham a lei que deve ser aplicada ao pacto que estão celebrando. Merece destaque o importante papel exercido pelos contratos, como uma das forças que movem a economia e que tem o poder de gerar riquezas e fazê-las circular.

Espera-se que este singelo trabalho possa, de alguma forma, contribuir para a melhor compreensão do assunto abordado e pesquisado, formulando uma refutação coerente para a seguinte indagação: as normas vigentes acerca da autonomia da vontade nos contratos, nos países fundadores do MERCOSUL favorecem a integração do bloco e a comercialização dos produtos em seu âmbito? É o que passamos a analisar.

A FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA DO ESTADO

Na história da humanidade, os grupos sociais sempre necessitaram de uma forma de controle, imprescindível para a sua continuidade e sobrevivência. Na Antiguidade, tal domínio foi exercido pelas chamadas Cidades-Estados, tais como Esparta e Tróia. A ideia da soberania do Estado foi concebida pela primeira vez por Jean Bodin, em sua célebre obra *Os seis livros da República*, onde sustentava que todo o poder do Estado estava concentrado nas mãos do monarca. Vejamos:

> "Nada havendo de maior sobre a terra, depois de Deus, que os príncipes soberanos, e sendo por Ele estabelecidos como seus representantes para governarem os outros homens, é necessário lembrar-se de sua qualidade, a fim de respeitar-lhes e reverenciar-lhes a majestade com toda a obediência, a fim de sentir e falar deles com toda a honra, pois quem despreza seu

ISSN 1679-8902

> príncipe soberano despreza a Deus, de Quem ele é imagem na terra.[1]"

Para Bodin, os reis detinham uma supremacia absoluta e ilimitada, pois haviam sido escolhidos por uma entidade superior e divina para exercê-la, por isso tal domínio era inquestionável. Não existia nenhuma outra forma de poder capaz de se sobrepor ao poder do monarca, isso porque as funções legislativa, jurisdicional e legislativa pertenciam exclusivamente a ele. O povo não tinha poder de decisão nas questões do Estado. Contudo, era através dos impostos pagos pela população, especialmente os advindos da atividade mercantil, que possibilitavam à Corte Real manter seu império de privilégios e luxos.

Pode-se dizer que esse regime déspota teve suas manifestações mais robustas na Inglaterra e na França. No primeiro país destaca-se a dinastia Tudor e seu apogeu, que se deu com o governo da Rainha Elizabeth I que reinou de 1558 a 1603[2]. No segundo caso, merece destaque o reinado de Luis XIV, conhecido como o Rei Sol, que se tornou um símbolo dessa era. É de sua autoria a seguinte frase: *É somente na minha pessoa que reside o poder soberano, é somente de mim que os meus tribunais recebem a sua existência e a sua autoridade; a plenitude desta autoridade*[3].

Dessa feita, não restam dúvidas sobre as principais características do sistema absolutista: poder total exercido somente pelo monarca, que podia julgar legislar e administrar sem qualquer oposição ou participação de outro órgão ou da população. Foi a partir do descontentamento desta última que começaram a surgir as revoltas que culminaram com o fim do Antigo Regime. Explica-se: a classe conhecida como burguesia produzia a riqueza através de sua principal atividade, o comércio. Arcavam com pesados impostos, sustentavam a ostentação do Império, mas não detinham qualquer direito político. A derrocada final do absolutismo aconteceu com a Revolução Francesa, ocorrida em 1789.

Nesse período, as concepções do suiço Jean-Jacques Rousseau, especialmente inseridas em sua obra *Do Contrato Social,* também foram determinantes para a mudança do pensamento acerca do poder no século

[1]BODIN, J.; *Os seis livros da república* apud CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias.* Rio de Janeiro: Agir, 1976, p. 60.
[2]Fato histórico notório, que dispensa referência bibliográfica.
[3]FREITAS, G.; *900 textos e documentos de História,* vol. II. Lisboa: Plátano, 1976, p. 201/202.

ISSN 1679-8902

XVIII. Em primeiro lugar, é relevante asseverar que, para Rousseau, os homens viviam em um estado de natureza, onde cada um era responsável por seus atos e livre para perseguir seus objetivos do modo que melhor lhe aprouvesse. Evidente que prevalecia a vontade dos mais fortes sobre os mais fracos, e a justiça era feita à maneira que cada um entendesse como a correta. Sobre esse tipo de sociedade primitiva, Rousseau afirma em seu livro:

> "Essa liberdade comum é uma conseqüência da natureza do homem. Sua primeira lei consiste em proteger a própria conservação, seus primeiros cuidados os devidos a si mesmo, e tão logo se encontre o homem na idade da razão, sendo o único juiz dos meios apropriados à sua conservação, torna-se por si o seu próprio senhor[4]."

Assim, a indagação torna-se inevitável: um grupo social baseado somente na força, sem nenhuma forma de controle eficaz é viável? A réplica nos salta à vista: não. Provavelmente seus membros acabariam em uma disputa contínua, onde matariam uns aos outros. A solução proposta por Rousseau está no contrato social, onde cada pessoa deve renunciar a uma parcela de seu arbítrio, de sua liberdade em prol de um ente que se denomina Estado, que seria o garantidor da segurança e da paz social.

Isso significa dizer que do estado de natureza é deixado para trás dando lugar ao estado civil. O Estado é o responsável pela ordem social através de seus três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, que antes estavam concentrados somente na figura do monarca. Esse sistema se distingue do absolutismo, pois a soberania não pode ser exclusiva do rei e de seus desejos, ela agora tem como titular o povo, sendo a vontade geral a formar um todo único, indivisível e inalienável. Por isso nosso regime atende pela nomenclatura de soberania popular. Sobre o tema, eis mais uma lição do filósofo:

> "Tão logo se encontre a multidão reunida em um corpo, não se pode ofender um dos membros sem atacar o corpo, menos ainda ofender o corpo sem que os membros disso se ressintam. Assim, o dever e o interesse obrigam igualmente as duas partes contratantes a se auxiliarem de forma recíproca, e os próprios homens

[4]ROUSSEAU, J.; *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002, p. 11.

ISSN 1679-8902

> devem procurar reunir sob essa dupla relação todas as vantagens que disso dependem.[5]"

As contribuições do pensador Jean-Jacques Rousseau para o desenvolvimento do conceito de soberania são de indiscutível valor, e até hoje estudadas e debatidas. Contudo, o mundo foi tomado por marcantes alterações nas últimas décadas, especialmente a expansão comercial. Os países estão cada vez mais integrados e a constituição de uma ordem jurídica internacional é imprescindível para que haja regulamentação das relações existentes entre os Estados, para conferir a estas, equilíbrio e solidez. Arthur Machado Paupério leciona que soberania do Estado não pode ser estática: tem que ser dinâmica, no sentido de se tornar capaz de adaptar à variedade das circunstâncias que se abrem, constantemente, na vida dos povos[6]. Nasceu assim, a integração entre os países, objeto de estudo do próximo tópico.

DIREITO DE INTEGRAÇÃO: O MERCOSUL E SEUS DESAFIOS

No posicionamento de Luizella Giardino B. Branco, "a noção de soberania, em termos atuais, é oposta à clássica visão de indivisibilidade e inalienabilidade do poder definitivo da soberania. A integração internacional, limitando a esfera da jurisdição doméstica de cada Estado, amplia as possibilidades de colaboração intergovernamental, fortificada por um processo decisório coletivo"[7]. Os blocos econômicos são um fenômeno que tem origem na globalização mundial. Sobre o tema leciona a eminente doutrinadora argentina Sara Lidia Feldstein Cárdenas:

> "La comunidad internacional se encuentra atravesando un período de transformación, particularmente en las esferas jurídicas y económicas. El llamado Nuevo Orden Mundial, motivado por el fin de la Guerra Fría ha provocado, ha estimulado un crecimiento sin precedentes del comercio internacional y de las inversiones extranjeras. Precisamente, se ha pensado que esta especial circunstancia, ha dado lugar a la aparición de la llamada internacionalización, mundialización, globalización la que ha tenido suficiente virtualidad como para llegar hasta el punto de modificar, de cambiar el concepto mismo de soberanía y donde hoy más que

[5]Ibidem, p. 28.
[6]PAUPÉRIO, A. M.; *O conceito polêmico de soberania.* In: STELZER, Joana. União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade? Curitiba: Juruá, 2000, p. 76.
[7]BRANCO, L. G. B., *Sistema de solução de controvérsias no MERCOSUL: perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente*. São Paulo : LTR, 1997, p. 27

ISSN 1679-8902

> nunca, los Estados parecen no ser tan soberanos como lo han sido en el pasado[8].”

As empresas deixaram de ser somente nacionais e passaram a ser multinacionais e, tendo como aliados uma tecnologia cada vez mais avançada, a internet, as informações em escala global, tornaram o mercado mundial em algo absolutamente integrado em si. Visando facilitar essa incorporação muitos países se agruparam em blocos com a finalidade de estabelecer medidas que facilitem e incentivem as transações comerciais entre eles.

São exemplos de ações implementadas por tais organizações: as zonas de livre-comércio, que extinguem as taxas alfandegárias na circulação de mercadorias, a união aduaneira, que é o acordo que firma uma tarifa alfandegária única entre os países membros, o mercado comum, que cria uma interação não só em relação a circulação de bens, mas também de serviços, tecnologias, matérias-primas, etc., e por fim a instituição de uma moeda única, como ocorreu com a União Européia quando do lançamento do *euro,* em 1999. Sobre o assunto, Leonardo Vizeu de Oliveira leciona:

> “Trata-se, assim, do processo econômico-político entre governos nacionais e soberanos de desagravação, visando a redução, parcial ou total, das barreiras tarifárias ou não-tarifárias que limitam ou entravam o comércio recíproco (...). Outrossim, o processo de integração econômica, sob uma visão objetiva, é o conjunto de medidas de caráter econômico e comercial que tem por objetivo promover a aproximação e, eventualmente, a união entre as economias de dois ou mais países.[9]”

No entendimento de Noemi B. Mellado “el proceso de creación de un espacio económico, político y social por la interpenetración estructural, voluntaria y solidaria de los Estados Parte, a partir de intereses comunes, que tiene como objetivo el desarrollo y cuyos mecanismos e instrumentos quedan definidos en el Tratado que le da origen”[10]. E para Marisa Adriana Graham e Juan Carlos Vega “la concetración econômica que imponen las economias de escala em lós procesos productivos tiene su espejo-reflejo em la coordenación

[8]CÁRDENAS, S. L. F.; *El Mercosur: uma mirada al futuro.* Direito Público e Integração: revista jurídica, ano 1, nº 1. Aracaju: Gráfica Editora J. Andrade Ltda., 2009, p. 37.
[9]FIGUEIREDO, L. V.; *Lições de direito econômico,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 376.
[10]MELLADO, N. B.. *El Modelo del MERCOSUR*. In: Aportes para la Integración Latinoamericana. Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, año I, nº 2, diciembre 1995, p. 33.

ISSN 1679-8902

integrativa creciente de mercados, em la existência de redes integrativas cada vez más profundas"[11]. Assim, pode-se conceituar integração da seguinte forma:

> "A integração trata-se de um processo de conteúdo polissêmico, que insere um sentido político, cultural, social, jurídico e econômico, ensejando a aproximação entre países, em face das afinidades e respectivos interesses econômicos em comum. Na medida em que ocorre a evolução da aproximação integracionista, alcançando etapas mais avançadas que a zona de livre comércio e união aduaneira, o processo transcende à conotação meramente econômica e busca o desenvolvimento e a harmonização das questões sociais, políticas e culturais de interesse das nações integradas[12]."

O direito de integração visa constituir uma ordem jurídica internacional, para regular a união dos países que possuem interesses em comum. Os blocos econômicos podem se agrupar na forma intergovernamental (caso do MERCOSUL) ou supranacional (caso da União Europeia). Sinteticamente pode-se dizer que na intergovernabilidade as decisões são tomadas segundo interesse de cada país, com consulta aos mesmos. Além disso, o direito nacional prevalece sobre o internacional.

Na supranacionalidade, as decisões são tomadas pelo órgão integrador no interesse do bloco, independente da vontade de cada país membro. As características mais relevantes da supranacionalidade são essencialmente duas: a autonomia de seus órgãos em relação aos Estados membros e o imediatismo dos poderes exercidos[13]. Na intergovernabilidade, o interesse predominante é o resultado da vontade individual de cada Estado-Membro, não estrutura institucional independente destes[14].

Em 1991 foi fundado o Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), um amplo projeto de integração concebido por Argentina, Brasil, Paraguai, e Uruguai. Trata-se de um bloco intergovernamental. Recentemente, com a ratificação do Protocolo de Adesão da República Bolivariana da Venezuela ao

---

[11]GRAHAM, M. A.; VEGA, J. C.; *Jerárquia constitucional de lós tratados internacionales.* Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 61.
[12]RAYMUNDO, L. S. M.; *Supranacionalidade e intergovernabilidade: uma nova concepção de soberania estatal em face dos processos de integração na União Européia e no Mercosul.* Revista da FARN, Natal, v.2, n.2, p. 149 -174 , jan./jul. 2003, p. 150.
[13]Ibidem, p. 165.
[14]SALDANHA, J. M. L.; *Reenvio prejudicial: uma mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Perspectiva para sua adoção no Mercosul.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 10.

ISSN 1679-8902

MERCOSUL, a Venezuela tornou-se o quinto Estado Parte a integrar o bloco[15]. Sobre o nascimento do bloco sul-americano, Cárdenas leciona:

> "Las motivaciones del nacimiento en el elenco de espacios integrados en esta parte del planeta, tuvieron su origen en la finalidad de revertir lós problemas ocasionados por la deuda externa, el estancamiento del comercio internacional la desinversión y terminar con "la década perdida" de América Latina. No puede ignorarse que la llegada de la democracia también fue sin lugar a dudas un disparador para que Argentina le propusiera a Brasil un acercamiento económico-político entre ambas naciones. Más tarde se incorporaron Uruguay y Paraguay aún sin haber ingresado este último socio en el proceso de democratización[16]."

De acordo com o artigo 1° do Tratado de Assunção, tratado constitutivo do bloco, o MERCOSUL implica "a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos entre os países, através, entre outros, da eliminação dos direitos alfandegários e restrições não-tarifárias à circulação de mercadorias e de qualquer outra medida de efeito equivalente; o estabelecimento de uma tarifa externa comum e a adoção de uma política comercial comum em relação a terceiros Estados ou agrupamentos de Estados e a coordenação de posições em foros econômico-comerciais regionais e internacionais; a coordenação de políticas macroeconômicas e setoriais entre os Estados Partes - de comércio exterior, agrícola, industrial, fiscal, monetária, cambial e de capitais, de serviços, alfandegária, de transportes e comunicações e outras que se acordem, a fim de assegurar condições adequadas de concorrência entre os Estados Partes; o compromisso dos Estados Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração"[17].

Lenice S. Moreira Raymundo observa que o "Mercosul encontra-se em período de transição entre Zona de Livre Comércio e União Aduaneira"[18]. A doutrina majoritária considera o Mercosul como uma União Aduaneira imperfeita[19]. Entretanto, não se pode olvidar que tal imperfeição também reside

[15]Informações retiradas da página do governo brasileiro sobre o MERCOSUL. Disponível em http://www.mercosul.gov.br/perguntas-mais-frequentes-sobre-integra cao-regional-e-mercosul-1/sobre-integracao-regional-e-mercosul/. Acesso em 20/02/2013.
[16]CÁRDENAS, Sara Lídia Feldstein. *El Mercosur: uma mirada al futuro.* Op. cit. p. 44.
[17]TRATADO DE ASSUNÇÃO. Artigo 1º. Disponível em http://www.mercosul.gov.br /tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1. Acesso em 20/02/2013.
[18]RAYMUNDO, Lenice S. Moreira. Op. cit. p. 170.
[19]Ibidem. p. 170.

ISSN 1679-8902

na sua conformação de Zona de Livre Comércio, já que permanece vigorando a substancial Lista de Exceções ao Princípio da Eliminação das Restrições Quantitativas, apregoada pelo artigo 4º o do Tratado de Assunção[20].

O que ocorre é que o MERCOSUL enfrenta inúmeros desafios no que diz respeito à sua consolidação. Para o diplomata Ricardo Seintenfus, "as crises financeiras de Brasil e Argentina se tornaram crises sistêmicas do MERCOSUL. Além de paralisar um processo que por natureza deve ser dinâmico, a instabilidade de um dos parceiros incide imediatamente – em razão de um aumento da interdependência provocada pelo próprio processo – nos demais"[21]. Obviamente, com a criação dos blocos econômicos, os países-membros estabelecem entre si um elo que visa a promoção econômica e social de todos os envolvidos. Isso significa que, quando um dos Estados é atingido por dificuldades financeiras, as transações comerciais, cerne de todo o acordo, pode sair abaladas, afetando todos os países que fazem parte de um determinado bloco.

Ainda de acordo com Seintenfus, "desde seus primórdios ficou claro que o MERCOSUL encontrava dificuldades para ser aceito com um verdadeiro projeto nacional. Havia uma percepção de que o processo interessava, sobretudo, aos Estados e Províncias mais desenvolvidas dos países membros"[22]. Em muitas situações, o MERCOSUL não recebe apoio de inúmeros organismos da sociedade ou mesmo dos governos, o que entrava sua consolidação. Seintenfus cita o caso de um candidato à presidência do Brasil, que em sua campanha eleitoral, em 2002, disse que o MERCOSUL era um erro[23].

Esses problemas nos conduzem para inevitáveis indagações: o MERCOSUL realmente traz benefícios aos países membros? Segundo o portal *Classificados MERCOSUL,* o bloco vem contribuindo para a criação de um clima receptivo de expansão do comércio, uma vez que aumentou de US$ 4.1 bilhões em 1991 para cerca de US$ 20 bilhões em 1998. Ao mesmo tempo, as importações dos países do MERCOSUL provenientes do resto do mundo

[20]Ibidem. p. 170.
[21]SEITENFUS, R.; *Os desafios externos do MERCOSUL e as relações com a ALCA.* Disponível em http://www.seitenfus.com.br/arquivos/desafios-externos-merco sul.pdf, p. 5.
[22]Ibidem. p. 6.
[23]Ibidem, p. 5.

ISSN 1679-8902

cresceram de forma expressiva. Como resultado, a participação do MERCOSUL no total das importações mundiais triplicou, passando de 29,296 bilhões de dólares em 1990 a 98,763 bilhões de dólares em 1998[24]. O MERCOSUL tem ainda uma importância sob o ponto de vista diplomático, conforme aponta o diplomata Paulo Roberto de Almeida.

> "O Mercosul pode contribuir de forma relativamente importante para a ação diplomática do Brasil em determinados foros negociadores internacionais, assim comoele pode contribuir, ainda que de maneira não decisiva, para o encaminhamento de algumas modalidades de políticas setoriais internas (não necessariamente integradoras, em sua totalidade), assim como para aspectos complementares dos ambientes regulatório 14 e normativo em várias áreas da organização econômica e administrativa brasileira. Ele não pode, contudo, resolver os problemas de desenvolvimento econômico e tecnológico, de desequilíbrio regional, de correção das tremendas desigualdades sociais internas, de desemprego, de educação, de justiça social, enfim, deve-se reconhecer que o Mercosul é extremamente limitado em sua capacidade transformadora do Brasil e que não se pode fazê-lo assumir papéis para os quais ele não está institucionalmente mandatado ou "estruturalmente" preparado (nem poderia estar)[25]."

Desse modo, entendemos que o MERCOSUL trouxe sim inúmeros benefícios, mas ainda possui problemas que dificultam o seu desenvolvimento como bloco econômico. Mas para Cárdenas, "es imprescindible que se siga construyendo el área, superando las dificultades, atenuando las asimetrías, limando asperezas políticas porque el camino de la cooperación, de la unión si bien no es el más rápido, es el más pleno, perdurable"[26]. Concordamos com a professora e entendemos que essas dificuldades devem ser tidas como desafios a serem vencidos, pois o MERCOSUL poderá trazer ainda mais benesses, desde que unidas forças de todos os envolvidos para que tal objetivo se concretize. Porém, fazemos o seguinte questionamento: seria a

[24]CLASSIFICADOS MERCOSUL. *O MERCOSUL e o mundo.* Disponível em http://www.classificadosmercosul. com.br/mercosul_info/mercosul07.htm. Acesso em 02/03/2013.
[25]ALMEIDA, P R.; *O Brasil e o processo de formação dos blocos econômicos: conceito e história, com aplicação aos casos do MERCOSUL e da ALCA.* In: Globalização e o comércio internacional no direito da integração. Organização de Eduardo Biacchi Gomes e Tarcísio Hardmann Reis. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 13.
[26]CÁRDENAS, S. L. F.; *El Mercosur: uma mirada al futuro.* Op. cit. p. 52.

ISSN 1679-8902

celebração dos contratos entre pactuantes de países diferentes na área do MERCOSUL mais um entrave? É o que passamos a estudar.

CONTRATOS NO ÂMBITO DO MERCOSUL

Como se sabe, os contratos possuem alguns elementos que lhe são essenciais: é necessário que as partes sejam civilmente capazes de celebrarem tal compromisso, sendo elas livres para ajustarem o acordo da forma que melhor lhes convierem. Não podem, entretanto, derrogar normas de ordem pública, tampouco prejudicar terceiros. Concluindo, o contrato vincula as partes, constituindo verdadeira lei entre elas. *Segundo Irineu Strenger, são* contratos *internacionais do comércio*

> *"Todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicilio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar de execução, ou qualquer circunstância que exprime um liame indicativo de Direito aplicável[27]."*

O princípio da autonomia da vontade é o poder das partes de estipular livremente, como melhor lhes convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica . O princípio envolve, além da liberdade de criação do contrato, a liberdade de contratar ou não contratar, de escolher o outro contraente e de fixar o conteúdo do contrato, limitado pelas normas de ordem pública, pelos bons costumes e pela revisão judicial dos contratos[28]. Nesse sentido, é posição do Supremo Tribunal Federal:

> **"A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros**, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos

[27]STRENGER, I.; *Direito internacional privado*, São Paulo: RT, 1991, p. 286.
[28]DINIZ, M. H.; *Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, vol. III, 24˚ ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 23.

ISSN 1679-8902

> particulares, no âmbito de suas relações privadas em tema de liberdades fundamentais[29]." (grifo da autora)

Em 1994, no México, países integrantes da OEA (Organização dos Estados Americanos) reuniram-se na 5ª Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP V) convocada pela Assembleia Geral da OEA. Uma das convenções concebidas neste encontro foi a Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais. Trata-se de diploma moderno que permite a eleição pelas partes, expressa ou tácita, do direito aplicável ao contrato (art. 7o.). Caso as partes não tenham exercido a faculdade de escolha, a lei aplicável será aquela que possua vínculos mais estreitos com o contrato (art. 9o.).

A "Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais"[30] deixa claro a importância de prosseguir com o desenvolvimento e codificação do direito internacional privado entre Estados membros da Organização dos Estados Americanos e a conveniência de harmonizar as soluções para as questões relacionadas com o comércio internacional. Lembra também que a interdependência econômica dos Estados tem propiciado a integração regional e continental e que, para estimular esse processo, é necessário facilitar a contratação internacional removendo as diferenças que seu contexto jurídico apresenta.

O artigo 1º estabelece que um contrato é internacional quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte. Segundo o artigo 7º, o contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência, de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo. A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

O artigo 8º garante que as partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito

[29]SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Trecho do acórdão do Recurso Extraordinário 201.819, do Rio de Janeiro, constante do informativo nº 405 do Supremo Tribunal Federal.
[30]CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE DIREITO APLICÁVEL AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS. Artigos 1º, 7º, 8º, 9º.

ISSN 1679-8902

distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros. O artigo 9º dispõe que tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos.

O tribunal levará em consideração todos os elementos objetivos e subjetivos que se depreendam do contrato, para determinar o direito do Estado com o qual mantém os vínculos mais estreitos. Levar-se-ão também em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais. Além disso, se uma parte do contrato for separável do restante do contrato e mantiver conexão mais estreita com outro Estado, poder-se-á aplicar a esta parte do contrato, a titulo excepcional, a lei desse outro Estado. A Convenção já está em vigor desde 1996, porém apenas para México e Venezuela. Brasil, Bolívia e Uruguai também assinaram a convenção, porém ainda não a ratificaram[31].

No Brasil, o artigo 9º da Lei 9.657/42, a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, determina que "para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem". Trata-se de consagração ao princípio *lex loci celebrationis*, ou seja, aplica-se a lei do país onde a obrigação foi constituída. Conforme o entendimento do doutrinador João Grandino Rodas "ao se analisar o referido artigo, não se pode dizer que no Brasil existe autonomia da vontade para se eleger a lei aplicável"[32]. Percebe-se assim que, em matéria de Direito Internacional Privado, o Brasil não contemplou a autonomia da vontade.

Na Argentina, o artigo 1.205 do Código Civil estabelece que "los contratos hechos fuera del territorio de la República, serán juzgados, en cuanto a su validez o nulidad, su naturaleza y obligaciones que produzcan, por las leyes del lugar en que hubiesen sido celebrados". O artigo 1.216 determina que "si el deudor tuviere su domicilio o residencia en la República, y el contrato debiese cumplirse fuera de ella, el acreedor podrá demandarlo ante los jueces

[31]ANDRADE, I. P.; FRIEDRICH, T. S.; *Lei aplicável nos contratos internacionais no MERCOSUL.* Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005, p. 49-50.
[32]RODAS, J. G.; *Elementos de conexão do direito internacional privado, relativamente às obrigações contratuais.* In: Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, p. 1/36.

ISSN 1679-8902

de su domicilio, o ante los del lugar del cumplimiento del contrato, aunque el deudor no se hallase allí".

E o artigo 1.209 coloca que "los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros". Nesta linha, o artigo 1209 do Código argentino determina que se a execução do contrato der-se na Argentina, aplicar-se-á esta lei na sua regência[33]. De acordo com Cárdenas, e*l Código Civil argentino no contiene una disposición que expresamente consagre la libertad de contratación en el orden internacional, entendida ésta como la facultad de las partes de preseleccionar la ley aplicable a los contratos internacionales*[34].

No Uruguai, a autonomia da vontade nunca foi pacificamente aceita. O doutrinador Gonzalo Ramirez entendia que o Direito Internacional Privado deveria ter como objetivo a resolução de conflitos de soberanias, o que retiraria dos particulares a liberdade de determinar a lei e jurisdição que gostariam que vigorassem em relações contratuais internacionais[35]. Segundo o artigo 2.399 do Código Civil Uruguaio "los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas del interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889".

Já o artigo 2.403 determina que "las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título, no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Ésta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente"[36]. Trata-se de um artigo que limita a liberdade das partes contratantes, conforme se nota. Nos últimos anos, entretanto, o Professor Antonio Boggiano informa que "a tendência uruguaia modificou-se, graças a sua participação na Conferência de Haia em 1985. A partir desse marco, o

[33]ANDRADE, I. P.; FRIEDRICH, T. S.; Op. cit. p. 43.
[34]CÁRDENAS, S.; L. F.; *Derecho internacional privado: parte especial*. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000, p. 358.
[35]BELANDRO, R.; *Las normas de aplicación immediata em la doctrina y el em derecho positivo.* In: Revista de La Facultad del Derecho, nº 08, 1995, p. 75.
[36]CÓDIGO CIVIL URUGUAIO. Disponível em http://www.parlamento.gub.uy/codigos/ codigocivil/2002/L4p2tfa.htm. Acesso em 03/02/2013.

ISSN 1679-8902

Uruguai teria passado a se posicionar a favor do princípio da autonomia da vontade"[37].

No Paraguai, o Código Civil em seu artigo 297 determina que "sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, prueba, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento". No artigo 669 lê-se que "los interesados pueden reglar libremente sus derechos mediante contratos observando las normas imperativas de la ley, y en particular, las contenidas en este título y en el relativo a los actos jurídicos".

Por fim, temos o artigo 670 onde o legislador redifiu que "las reglas de este título serán aplicables a todos los contratos. Los innominados se regirán por las disposiciones relativas a los nominados con los que tuvieren más analogía. Araújo entende que a lei paraguaia não contemplou de forma expressa a autonomia da vontade, já que o artigo 297 somente fala dos contratos a serem executados no território paraguaio, enquanto o artigo 669 somente diz respeito ao conteúdo da contratação e não à lei aplicável[38].

Araújo entende também que "da análise da legislação dos países membros que não há no MERCOSUL uma posição uniforme, adotada por todos os seus integrantes, no que diz respeito à determinação da lei aplicável aos contratos internacionais, em face da diversidade legislativa encontrada nos quatro países"[39]. E a conclusão de fato, não poderia ser outra. Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai não estão em consonância no que tangem às regras contratuais, o que dificulta as transações comerciais e o desenvolvimento do MERCOSUL.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve por objetivo investigar a celebração dos contratos no âmbito do MERCOSUL, sob a perspectiva do Direito de Integração. Antes de

[37]ARAUJO, N.; Op. cit., p. 87.
[38]Ibidem, p. 88.
[39]Ibidem, p. 90.

ISSN 1679-8902

falar sobre integração, foi necessário investigar a redefinição da soberania. Pudemos observar que, há alguns séculos, a soberania se concentrava unicamente na figura do monarca, sendo incondicional e ilimitada. O rei teria sido escolhido por uma ordem divina e superior para exercer tal função. Foi o *Contrato Social,* obra-prima de Rousseau, que modificou esse panorama. Com a teoria do estudioso suíço, o poder saiu das mãos do rei e passou a ser exercido pelo povo, o que se conhece como a soberania popular.

Especialmente a partir do fenômeno da globalização, os países passaram a se unir em prol do desenvolvimento, flexibilizando a soberania do Estado. E dessas uniões nasceram os chamados blocos econômicos e o Direito de Integração. O MERCOSUL é um bloco criado no início da década de 1990, por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. Trouxe alguns resultados positivos, mas ainda enfrenta inúmeros desafios para sua consolidação e bom desenvolvimento.

Buscou-se investigar se a realização de contratos no âmbito do MERCOSUL, com pactuantes de países diferentes, seria um obstáculo a ser vencido. A resposta a que se chegou é afirmativa. Os países fundadores do bloco sul-americano não possuem regras iguais no que tangem aos contratos internacionais e à autonomia da vontade, tampouco existe uma norma internacional única, seguida pelos membros do MERCOSUL. Isso faz com que não se tenha uma solução concreta para qual legislação a ser adotada.

Dessa forma, à luz do Direito de Integração entre os países, trata-se de um entrave a ser superado, em prol do desenvolvimento do comércio internacional no âmbito do MERCOSUL. Terminamos, assim, com a lição da Professora Sara Lidia Feldstein Cárdenas, que diz que “a medida que un grupo de países decide crear una zona de libre intercambio para un número determinado de productos (...), habrán de saber que están gestando la creación de uma estructura, de un espacio que además de económico, es un espacio en el que deben existir, reinar reglas legales, normas jurídicas”[40].

[40]CÁRDENAS, Sara Lídia Feldstein. *El Mercosur: uma mirada al futuro.* Op. cit. p. 40.

ISSN 1679-8902

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, P. R.; **O Brasil e o processo de formação dos blocos econômicos: conceito e história, com aplicação aos casos do MERCOSUL e da ALCA**. In: Globalização e o comércio internacional no direito da integração. GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardmann (Orgs.). São Paulo: Aduaneiras, 2005.

ANDRADE, I. P.; FRIEDRICH, T. S.; **Lei aplicável nos contratos internacionais no MERCOSUL**. Revista Brasileira de Direito Internacional, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez.2005.

ARAÚJO, N.; **Contratos internacionais: autonomia da vontade, MERCOSUL e convenções internacionais,** 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.

BELANDRO, R.; **Las normas de aplicación immediata em la doctrina y el em derecho positivo.** (In) Revista de La Facultad del Derecho, nº 08, 1995.

BRANCO, L. G. B.; **Sistema de solução de controvérsias no mercosul – perspectivas para a criação de um modelo institucional permanente**. São Paulo : LTR, 1997.

CHEVALLIER, J.; **As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias**. Rio de Janeiro: Agir, 1976.

DINIZ, M. H.; **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais,** vol. III, 24˚ ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELBERG, E.; **Contratos internacionais do comércio***,* 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FELDSTEIN, S.; **Derecho internacional Privado-Parte Especial**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

CÁRDENAS, S. L. F.; El Mercosur: uma mirada al futuro*.* **Direito Público e Integração: revista jurídica**, ano 1, nº 1. Aracaju: Gráfica Editora J. Andrade Ltda., 2009.

FIGUEIREDO, L. V.; **Lições de direito econômico***,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FREITAS, G.; **900 textos e documentos de História***,* vol. II*.* Lisboa: Plátano, 1976.

GRAHAM, M. A.; VEGA, J. C.; **Jerárquia constitucional de lós tratados internacionales.** Buenos Aires: Astrea, 1996.

IANNI, O.; **A era do globalismo***,* 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

MELLADO, N. B.; **El Modelo del MERCOSUR**. In: Aportes para la Integración Latinoamericana. Instituto de Integración Latinoamericana, Universidad Nacional de La Plata, año I, nº 2, diciembre 1995.

PAUPÉRIO, Arthur Machado. **O conceito polêmico de soberania***.* In: STELZER, Joana. União européia e supranacionalidade: desafio ou realidade? Curitiba: Juruá, 2000.

RAYMUNDO, L. S. M.; **Supranacionalidade e intergovernabilidade: uma nova concepção de soberania estatal em face dos processos de integração na União Européia e no Mercosul**. Revista da FARN, Natal, v.2, n.2, p. 149 -174 , jan./jul. 2003.

RODAS, J. G.; **Elementos de conexão do direito internacional privado, relativamente às obrigações contratuais**. In: Contratos Internacionais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

ROUSSEAU, J.; **Do contrato social***.* Tradução de Rolando Roque da Silva. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2002.

ISSN 1679-8902

SALDANHA, J. M. L.; **Reenvio prejudicial: uma mecanismo de direito processual a serviço do direito comunitário. Perspectiva para sua adoção no Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
SEITENFUS, Ricardo. **Os desafios externos do MERCOSUL e as relações com a ALCA.** Disponível em http://www.seitenfus.com.br/arquivos/desafios-externos-merco sul.pdf.
STRENGER, I.; **Direito internacional privado.** São Paulo: RT, 1991.
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Trecho do acórdão do Recurso Extraordinário 201.819,** do Rio de Janeiro, constante do informativo nº 405 do Supremo Tribunal Federal.

Sobre o autor

Email: anabegalli@r7.com

ISSN 1679-8902

A PROBLEMÁTICA DA LITISPENDÊNCIA INTERNACIONAL

The problem of internacional lis pendens

ANGELINI, Maria Carolina Gervasio
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

MALVEZZI, Matheus Cardoso
Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Resumo: O ordenamento jurídico brasileiro enfrenta atualmente o desafio da internacionalização. A formação de blocos econômicos e a assinatura de tratados internacionais produzem claros reflexos no direito interno, que se vê obrigado a uma nova reestruturação. Enquanto questões como a homologação de sentença estrangeira já foi regulamentada internamente, outras questões ainda carecem de melhor estudo, como é o caso da possibilidade de ocorrência da litispendência internacional, que não é combatida pelo sistema jurídico brasileiro. A soberania dos estados é levantada como um obstáculo à internacionalização, comprometendo a segurança jurídica e ameaçando os avanços jurídicos. Neste contexto, os estudos de Kelsen aparecem como fundamento a uma nova visão das relações entre as normas jurídicas. Tal discussão é atual e oportuna para o Brasil, e na medida em que busca se firmar como uma grande potência econômica e se inserir como ator principal no fenômeno da globalização, deve estar atento aos conflitos que podem eventualmente surgir, cuja solução determinará sua influência internacional, mas que também será relevante para a regulamentação da ordem interna.

Palavras Chaves: Litispendência Internacional, Princípio da Segurança Jurídica e Jurisdição.

Abstract: Nowadays, the Brazilian legal system faces the challenge of internationalization. The constitution of economic blocks and the singing of international treaties reflect in the national law, which is forced to restructuring itself again. While other issues as the homologation of foreign sentence has been regulated in the national law, other questions require further assessment, as is the case of the possibility of occurrence of international lis pendens, which is not covered by the Brazilian legal system. The State sovereignty is used as an obstacle to the internationalization, compromising the legal certainty and threatening the progress of the law. In this context, the studies of Kelsen appear as the base of a new vision of the relation between the legal norms. This discussion is important for the nation as long it wants to prove itself as a great economic power. If Brazil wants to play a lead role in the globalization, it needs to pay attention to the conflicts that may arise, whose solution will determinate its international influence, but will also be important to the regulation of internal order.

Key words: International Lis Pendes, Principle of Legal Certainty and Jurisdiction.

ISSN 1679-8902

Introdução

O fenômeno da globalização, além de intensificar o tráfego de mercadorias, pessoas, bens e capitais, aproximou os países no aspecto jurídico. Tal situação é um dos maiores responsáveis pela fomentação da Cooperação Jurídica Internacional, que possui grande influência nas questões envolvendo lides internacionais e obrigações e direitos assumidos pelas nações. Afinal, houve uma ampliação dos provimentos jurisdicionais estatais, a fim de combater o paralelismo processual e a insegurança jurídica.

Uma das iniciativas foi o acolhimento de decisões proferidas por países dos mais variados locais. Em alguns ordenamentos jurídicos, as leis internas foram alteradas para permitir que uma sentença estrangeira produza efeitos num Estado que não o de origem. No caso do Brasil, uma sentença estrangeira, após ter sido devidamente homologada pela autoridade competente (STJ), produzirá seus efeitos no território brasileiro, conservando a lei estrangeira e ensejando em coisa julgada.

A Constituição brasileira de 1988 e a LINDB tratam da validação da sentença estrangeira, regulamentando a homologação e estabelecendo a competência para se apreciar ou julgar lides. Com isto, é certo que a aplicação do direito estrangeiro deixou de ser uma mera cortesia para se tornar algo a ser obrigatoriamente observado.

Nesse sentido, temos as lições da douta, Renata Álvares Gaspar:

> "a) as leis de cada Estado imperam dentro de suas fronteiras e obrigam a todos os súditos deste Estado, mas não produzem efeitos além destes limites; b) súditos de cada Estado são todos aqueles que se encontram no seu território; e, c) os soberanos de cada Estado conduzem-se de modo a tornar possível que as leis de cada país, depois de terem sido aplicadas dentro das suas fronteiras conservem sua força e eficácia além das fronteiras, o que ocorre pela teoria da comitas gentium, cortesia internacional, que permite a aplicação extraterritorial das leis internas." (GASPAR, 2010, p.61).

Todavia, no Brasil, especificamente, estão em vigor dispositivos que contrariam a atual inserção do país no contexto de globalização no que concerne à matéria jurídica, haja vista que não repele o instituto da

ISSN 1679-8902

litispendência no âmbito internacional. Ou seja, o fato da ação já ter sido intentada perante juízo competente estrangeiro não é impeditivo para que a autoridade brasileira, se competente, conheça e julgue a causa, restando, portanto, em duas soluções para a mesma lide. Tal situação está excepcionada no âmbito do MERCOSUL, pois o Protocolo de Lãs Leñas estipula em seu artigo 22:

> "Artigo 22: Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicial u arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido no Estado requerido."

Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante qualquer autoridade jurisdicional da Parte requerida, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que teria pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

Dessa maneira, ainda que o país tenha buscado mecanismos jurídicos globalizados, como a homologação de sentenças estrangeiras e de liminares estrangeiras e exequatur de cartas rogatórias, no que concerne ao fenômeno da litispendência internacional não houve grandes desenvolvimentos, uma vez que, em linhas gerais, não foram empreendidos grandes esforços a fim de impedir sua ocorrência nas situações corriqueiras no direito interno. Prova disso é o fato de ser signatário do Código de Bustamante, cujo artigo 394 salienta que a pendência de processo no estrangeiro impede a propositura de ação idêntica no Brasil, e possuir em sua legislação (artigo 90 Código de Processo Civil) a previsão de que a existência de ação no estrangeiro não impossibilita seu conhecimento pelo Brasil.

O princípio da segurança jurídica.

O princípio da segurança jurídica é fundamento do Estado Democrático de Direito e se mostra como uma das balizas fundamentais da prestação

ISSN 1679-8902

jurisdicional. Quando se fala em segurança jurídica, na verdade remete-se a uma ampla gama de direitos e garantias tratadas genericamente, tais como a necessidade do conhecimento do direito vigente e sua delimitação, a previsibilidade, ou seja, a possibilidade de conhecimento prévio das consequências da adoção de determinada conduta e a estabilidade da ordem jurídica.

As lições de André Ramos Tavares sobre o assunto são preciosas, e por isto destacamos:

> "Pode-se afirmar que, assim como a segurança jurídica se projeta para o passado (irretroatividade das leis e das emendas à Constituição), ela também se lança para o futuro (com a pretensão de estabilidade mínima do Direito e com seus institutos destinados a alcançar tal finalidade, como cláusulas pétreas, usucapião etc.). Estabilidade não deve ser confundida, aqui, com estancamento do Direito. Não há e nunca houve um direito à petrificação da ordem jurídica vigente. Mas não se pode falar em proteção da confiança do cidadão, como integrante da segurança jurídica a ser tutelada pelo Estado, sem a certeza da projeção de uma estabilidade mínima para a ordem jurídica, consistente, no Brasil, em: i) cláusulas pétreas; ii) dificuldade de alteração das normas constitucionais; iii) limitações materiais ao legislador e às demais fontes do Direito."(TAVARES,2010,p.758)

A análise da estabilidade da ordem jurídica e social é de sumo interesse para a discussão da litispendência no âmbito interno. Da necessidade de evitar a prolação de decisões conflitantes deriva a vedação à possibilidade de discussão simultânea de um mesmo direito em duas searas diferentes. Só existirá um juízo competente para a discussão do direito, mesmo que ele tenha sido eleito pelos critérios de prevenção, e o cidadão tem a certeza de que a decisão emanada por ele será dotada de coercibilidade e deverá ser cumprida.

Neste ponto, o princípio da segurança jurídica guarda estreito elo com o princípio do devido processo legal. Para que a segurança jurídica seja garantida, torna-se necessário respeitar o devido processo legal. E, ainda por este prisma, deverão ser observados os vários outros princípios correlatos, como o princípio do juiz natural, o princípio do duplo grau de jurisdição, etc.

O problema se instaura quando analisamos a questão pela óptica do direito internacional. Um sistema jurídico global nunca passou da utopia de alguns juristas, e encontramos no atual panorama um cenário pluralista, em

ISSN 1679-8902

que diferentes construções jurídicas, provenientes de diversas construções culturais, coexistem de maneira pouco ordenada, cingindo-se, no mais das vezes, aos limites geográficos dos países que as encampa.

A questão se encontra engessada no pensamento jurídico contemporâneo, e mesmo o próprio ordenamento jurídico brasileiro estanca qualquer possibilidade de discussão e conciliação da litispendência no âmbito internacional ao dispor, no artigo 90 do Código de Processo Civil, que nenhuma querela jurídica pode deixar de ser discutida pela jurisdição brasileira:

Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas.

Entretanto, ao tomar uma posição radical temerária como essa, o legislador contraria justamente o comando fundamental do princípio da segurança jurídica, que está implícito na Constituição Federal, mas pode ser deduzido da inspiração do texto, e afasta a desejada estabilidade da ordem jurídica. Não basta apenas negar a existência de um fato para instantaneamente pacificar a discussão jurídica.

Torna-se espinhoso falar sobre segurança jurídica no âmbito internacional, quando a soberania dos Estados é usada como argumento para obstar uma universalização da jurisdição. E, em existindo várias jurisdições, mutuamente concorrentes entre si, a possibilidade de um mesmo fato ser levado a juízos distintos, sujeitos a jurisdições de diferentes países, é concreta. E como não se resolve a questão enquanto não existem decisões conflitantes, a aplicabilidade das mesmas fica comprometida.

Jurisdição e Competência

Anteriormente à construção da figura do Estado, os conflitos eram resolvidos mediante o uso da força. Contudo, após a criação deste instituto, surgiu um ente político e social que assumiu, em caráter exclusivo, a responsabilidade de apresentar soluções aos conflitos de interesse. Assim, a autotutela das partes teve fim e surgiu o conceito de jurisdição. Marcus Vinícius Rios Gonçalves aborda sobre isto ao alegar que “A jurisdição é a atividade do

ISSN 1679-8902

Estado, exercida por intermédio do juiz, que busca a pacificação dos conflitos em solução pela aplicação da lei aos casos concretos...” (GONÇALVES, 2010, p.41).

Todavia, o poder de império de um Estado encontra limite nas divisas territoriais onde o mesmo consegue impor suas decisões com coercibilidade. Dentro destes limites, diz-se que o Estado tem competência para o exercício da jurisdição. Fora dele, deve observar e respeitar a soberania dos Estados estrangeiros, correndo o risco de em não o fazendo estabelecer um conflito bélico.

Pontes de Miranda tratou do assunto, dizendo que:

> “(...) chama-se jurisdição à competência judiciaria distribuída a cada Estado pela ordem supra-estatal. É o poder de julgar, indiferente à repartição desse poder feita pelo Estado. Quando o Estado reparte essa jurisdição, essa iudicius dândi licentia, então se chama, ao poder de julgar “ repartido, competência.”(MIRANDA, 1973, p.171-172)

No que se refere às hipóteses de tramitação de ações perante a Justiça brasileira, o Código de Processo Civil enumera as hipóteses, que podem ser averiguadas nos artigos 88 e 89. Enquanto o artigo 88 traz situações em que a competência não é apenas do juiz brasileiro, mas também de outros países (competência concorrente), o artigo 89 prevê os casos em que apenas cabe apreciação pelo juízo brasileiro.

São eles:

> “Artigo 88 - É competente a autoridade judiciária brasileira quando:
> I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;
> II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;
> III - a ação se originar de fato ocorrido ou de fato praticado no Brasil.
>
> Artigo 89 - Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:
> I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;
> II - proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.”

ISSN 1679-8902

Cumpre esclarecer que, para muitos estudiosos, o principio da efetividade e da submissão são as diretrizes que fundamentam a atribuição da jurisdição a um ou a outro Estado.

> "(...)o principio da efetividade significa que cada Estado somente deve processar e julgar as causas cuja decisão tenha possibilidade de executar. O principio da submissão torna competente o juízo de um Estado, apesar do silencio das normas sobre competência, em razão da livre e expressa aceitação dos litigantes a submetem-se à jurisdição de Estado a que normalmente não estariam sujeitos". (CASTRO, 1956, p. 253.)

Homologação de Sentença Estrangeira

Sentença estrangeira é não somente aquela proferida em outro país, mas que também possui eficácia extraterritorial, de tal sorte que pode ser executada por um Estado diverso do de origem, desde que devidamente homologada.

É o que dispõe o artigo 483 do CPC: "Art. 483 - A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal."

A homologação, em linhas gerais, é uma ação de natureza constitutiva, por inovar a ordem jurídica e permitir que uma sentença estrangeira produza seus efeitos no território nacional. Ela pode ser realizada de forma total ou parcial, sendo certo que fará coisa julgada em relação ao conteúdo meritório da decisão.

No caso do Brasil, o órgão jurisdicional competente para o reconhecimento de sentenças proferidas em outros países e, por consequência, por sua homologação, é o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A sistemática brasileira não considera o mérito da sentença, somente observa se os requisitos formais elencados pela legislação do Brasil estão presentes, bem como se não há ofensa a ordem pública, aos bons costumes e a soberania estatal. A despeito dos aspectos formais, é certo que se deve considerar a LINDB e a Resolução nº 09 do Superior Tribunal de Justiça, haja vista que os pressupostos para homologação estão nestes dispostos.

ISSN 1679-8902

O procedimento homologatório tramita da seguinte maneira: as partes interessadas formulam pedido de homologação perante o STJ, apresentando a sentença estrangeira transitada em julgado. O Presidente analisará se os requisitos formais e materiais foram preenchidos. Em caso positivo, haverá a intimação do requerido, mas, na negativa irá delegar um prazo para aditar ou emendar esta sentença e, só depois, haverá a intimação da parte contrária para que apresente contestação.

Os Pressupostos para homologação.

A sentença estrangeira somente será homologada pela autoridade nacional quando:

a) proferida por órgão capaz de expedir determinações com eficácia jurídica;

b) proferida por autoridade estrangeira competente (STJ verificará as regras atributivas de competência internacional daquele país que permitiam que fosse ali julgada a causa);

c) houver citação do réu ou a constatação de revelia. A citação deve ser válida, haja vista que, em se tratando de questão que envolve a segurança jurídica, sua inobservância causará uma violação à ordem pública brasileira;

d) a sentença houver transitado em julgado e é definitiva no país de origem (é imodificável). O trânsito em julgado será comprovado no Brasil mediante certidão ou declaração expressa do Tribunal estrangeiro;

e) o documento estiver autenticado, ou seja, está com a chancela do Consulado brasileiro do local de origem da sentença;

f) a sentença estiver traduzida por tradutor juramentado, ou seja, feita tradutor publico ou nomeado para o ato, sendo certo que após este ato deverá proceder o registro na Junta Comercial e

g) a sentença não violar a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes.

ISSN 1679-8902

A Litispendência internacional

É de primordial interesse para a discussão da querela relativa à litispendência no âmbito internacional a conceituação do instituto. O festejado Dinamarco conceitua o instituto de modo claro e preciso, razão pela qual nos socorremos nas suas lições:

> "Litispendência é a pendência de um processo (pendência da lide). Um processo reputa-se pendente desde quando a demanda é apresentada ao Poder Judiciário (CPC, art. 263) até quando se torna irrecorrível a sentença que lhe põe termo com ou sem o julgamento do mérito (arts. 162, § 1º, 267, 269)." (DINAMARCO, 2005, p.370)

Neste mesmo sentido conceitua Jo (2001. p. 310):

> "O termo litis (lide) significa litígio, enquanto pendentia (pender, estar preso) significa 'coisa pendente'. Por isso, litispendência significa a lide ou o processo que não foi decidido ou terminado, isto é, que está pendente".

No Código de Processo Civil, especificamente nos artigos 300 até 303, há a disposição do que cabe alegar preliminarmente na contestação. O artigo 301 traz uma série de questões que devem ser alegadas antes de iniciar a discussão sobre o mérito, e entre elas existe o instituto da litispendência. Conforme se denota abaixo:

> "Art. 301 - Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar:
> ...
> V - litispendência;
> ...
> § 1º - Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.
> § 2º - Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.
> § 3º - Há litispendência, quando se repete ação, que está em curso; há coisa julgada, quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso." (BRASIL, 1973).

Verifica-se, assim, que o próprio Código conceitua o instituto, demonstrando as hipóteses onde se configura a litispendência. Importante salientar que para a configuração da litispendência faz-se necessário que as ações em curso sejam idênticas em seus três elementos (partes, causa de

ISSN 1679-8902

pedir e pedidos), de forma a exterminar qualquer possibilidade de equívoco em relação aos institutos da conexão e continência.

A doutrina considera a litispendência como pressuposto processual negativo, ou seja, o regular processamento de uma pretensão jurídica depende de sua inexistência. Tal situação está diretamente ligado ao princípio da segurança jurídica, de modo a evitar o surgimento de decisões conflitantes. O douto Marcus Vinicius Rios Gonçalves trata do tema:

> "Para que um processo seja válido, é preciso que determinadas situações estejam ausentes. Por isso, a doutrina as denomina pressupostos processuais negativos. São elas a litispendência, a coisa julgada e a perempção. O processo não prosseguirá, mas será extinto sem julgamento de mérito se já houver outro idêntico em andamento ou já julgado." (GONÇALVES, 2010, p. 102).

Vencidas as considerações iniciais sobre a litispendência no cenário processual civil nacional, adentrar-se-á na análise da litispendência internacional.

A litispendência internacional decorre da coexistência de uma pluralidade de ordenamentos jurídicos independentes, em sua maioria adstrito às fronteiras geográficas dos países, tendo como decorrência desta construção a possibilidade de ajuizamento de uma ação idêntica em mais de um Estado soberano. No atual paradigma jurídico, não existe uma solução definitiva sobre o assunto.

Vicente Greco Filho realizou excelente conceituação do tema: "Há litispendência internacional quando em tribunais que exercem sua jurisdição em sistemas jurídicos internacionais diferentes corre a mesma ação" (GRECO, 2009. p. 197).

A Convenção de Havana, que tem vigência no Brasil, vez que promulgada pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929, trata desta espinhosa temática. Seu artigo 384 determina: "A litispendência, por motivo de pleito em outro Estado contratante, poderá ser alegada em matéria cível, quando a sentença proferida em um deles deva produzir no outro os efeitos da coisa julgada"

ISSN 1679-8902

A convenção de Haia de 25 de novembro de 1965, em seu artigo 7º, também trata do assunto, mas não foi ratificada pelo Brasil, razão pela qual não ingressou regularmente no ordenamento jurídico interno.

Entre os países signatários da Convenção de Havana, entende alguns autores ser possível a alegação de exceção para arguição de litispendência internacional. Porém, além de ponderar que não existe um consenso sobre esta possibilidade, a situação torna-se ainda mais nebulosa no que trata à alegação de litispendência com relação a Estados estrangeiros não signatários de um mesmo tratado internacional dispondo sobre o assunto.

O próprio Código de Processo Civil, através de seu artigo 90, adota uma opção inegavelmente territorialista, ao estabelecer que a existência de ação em tribunal estrangeiro não exclui a competência brasileira, tampouco induz a litispendência. Embora o texto legal deva ser respeitado, entendemos infeliz a opção do legislador, que impõe a soberania brasileira através da força, sem se preocupar com o eventual surgimento de contendas internacionais.

O Brasil utiliza da soberania para deixar de cumprir dispositivos oriundos de Convenções ou Tratados por ele aderidos, violando o artigo 26 da Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados (Pacta sunt servanda) e promovendo, colateralmente, a existência de ações com mesmas partes, causa de pedir e pedido tramitando em jurisdições diferentes.

Em outras palavras, nos casos em que exista competência jurisdicional concorrente, ainda que já exista decisão proferida por determinado país (e não homologada pelo Superior Tribunal de Justiça), o Poder Judiciário brasileiro deverá ignorá-la e dar continuidade ao prosseguimento dos autos.

Assim, nos casos de competência concorrente entre dois países sobre a mesma causa, poderá haver soluções conflitantes emitidas, cada uma delas, por um país. Ambas serão hábeis a produção de seus efeitos, surgindo a seguinte questão: qual aplicar?

É certo que cada parte defenderá a validade da sentença mais favorável a si, de modo que, ao fim, a querela estabelecida violará frontalmente a pretendida segurança jurídica.

ISSN 1679-8902

A postura conformista em relação à litispendência internacional pelo argumento de supremacia da soberania nacional compromete todas as conquistas jurídicas positivas oriundas da globalização. A tendência do direito internacional hoje prestigia a integração e colaboração dos países, tanto nas decisões dos órgãos internacionais quanto nos debates acadêmicos, visando promover a segurança jurídica as relações sociais locais ou remotas. A complacência com a litispendência internacional milita na contramão desta tendência, deixando transparecer um lamentável pensamento retrógrado em questões jurídicas.

A teoria monista

A análise das teorias monista e dualista faz-se oportuna para a discussão da problemática da litispendência internacional, na medida em que trata da relação entre as normas de direito interno e as normas de direito internacional.

Alguns iminentes juristas acreditam que a evolução dos sistemas jurídicos como um todo levará ao desaparecimento da cisão existente entre o direito interno e o direito externo. Estes elaboram previsões acerca da ocorrência do fenômeno da internacionalização do direito interno, e creem que no futuro os ordenamentos jurídicos distintos irão convergir em um único (os mais radicais falam no desaparecimento dos Estados independentes, e o surgimento de uma comunidade verdadeiramente global).

Kelsen concebia o direito como um sistema uno, que englobava normas de direito internacional e as de direito interno, não podendo se estabelecer uma distinção finalista entre elas. Tal visão contrapõe-se àquela que defende a existência de um ordenamento jurídico interno autônomo e independente em relação ao externo, considerando a existência de normas fundamentais diversas, a saber:

> "Apenas existe uma unidade cognoscitiva de todo o Direito, o que significa que podemos conceber o conjunto formado pelo Direito internacional e as ordens jurídicas nacionais como um sistema unitário de normas - justamente como estamos acostumados a considerar como uma unidade a ordem jurídica do Estado singular.
>
> A isto se opõe a concepção tradicional que pretende ver no Direito internacional e no Direito de cada Estado dois

ISSN 1679-8902

> sistemas de normas diferentes, independentes um do outro, isolados um em face do outro, porque apoiados em duas normas fundamentais diferentes. Esta construção dualista - ou melhor, "pluralista", se levarmos em conta a pluralidade das ordens jurídicas estaduais - é, no entanto, insustentável, mesmo do ponto de vista lógico, quando tanto as normas do Direito internacional como as das ordens jurídicas estaduais devem ser consideradas como normas simultaneamente válidas, e válidas igualmente como normas jurídicas." (KELSEN, p. 364)

Diante da problemática da litispendência internacional, torna-se óbvio a necessidade de mudanças no ordenamento interno, de modo a melhor se adequar à realidade que se apresenta. A teoria dualista, ainda adotada como paradigma na atualidade, não apresenta resposta a esse problema, explicitando o vácuo prático e as dificuldades em sua aplicação. A teoria monista, neste contexto, desponta como fundamento jurídico para a adequação do ordenamento para enfrentar as controvertidas questões envolvendo o conflito entre a ordem interna e a crescente globalização e interação entre os entes externos.

O reconhecimento da unidade do sistema ajudaria decerto a combater as inconsistências do mesmo. Nádia de Araújo acrescenta comentários pertinentes à teoria monista:

> "A teoria monista, fundamentada na ideia de Hans Kelsen, entendia existir uma única ordem jurídica, com projeções interna e internacional. As leis seriam expressões da ordem interna, e os tratados, expressões da ordem internacional. Não haveria, desta forma, necessidade de internalização das obrigações decorrentes do tratado no plano interno, ante a ausência de separação entre as leis internas e internacionais, impondo-se a aceitação automática. Em consequência, havia possibilidade de conflitos entre regras internacionais e internas. Tais conflitos seriam solucionados ou pela supremacia do direito internacional, ou pela do direito interno. Kelsen só aceitava a existência desses mecanismos de internalização como uma exigência dos Estados, à qual não dava maior importância. A visão monista a unidade de ordem jurídica entendia as normas do direito internacional como incompletas e, portanto, dependentes das normas internas. A partir do ponto de vista do direito internacional via-se sua conexão com o direito nacional." (ARAÚJO, 2003, p.142-143).

ISSN 1679-8902

O argumento da soberania

Para a discussão da soberania dos Estados, de início faz-se necessário superar a discussão conceitual que envolve o tema. Dalmo de Abreu Dalari nos traz um breve apanhado das mais diversas concepções de soberania:

> "Entre os autores há quem se refira a ela (soberania) como um poder do Estado, enquanto outros preferem concebê-la como qualidade do poder do Estado, sendo diferente a posição de KELSEN, que, segundo sua concepção normativista, entende a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Para HELLER e REALE ela é uma qualidade essencial do Estado, enquanto JELLINEK prefere qualificá-la como nota essencial do poder do Estado. RANELLETTI faz uma distinção entre a soberania, com o significado de poder de império, hipótese em que é elemento essencial do Estado, e soberania com o sentido de qualidade do Estado, admitindo que esta última possa faltar sem que se desnature o Estado, o que, aliás, coincide com a observação de JELLINEK de que o Estado Medieval não apresenta essa qualidade." (DALARI,2010,p74.)

Qual seja a linha teórica adotada, o conceito de soberania não se afasta da noção de poder. Em uma análise mais pura do tema, observamos que o poder soberano não está diretamente ligado à legitimidade ou à própria legalidade, mas sim à imposição pela força. Dir-se-á soberano o poder quando não admitir a existência de confrontações. Na gênese das sociedades humanas, se observa que aquele que detém a força detém os meios para fazer valer suas determinações.

Mesmo os diferentes conceitos de soberania convergem ao aproximá-la da possibilidade de autodeterminação estatal. Sem dúvida uma das maiores expressões desta liberdade se encontra no exercício da jurisdição, em que o Estado faz uso do império pra solucionar as contendas estabelecidas entre os cidadãos.

Assim, a invocação da soberania por um Estado como escusa para não aceitar tratados, acordos ou convenções internacionais ou, até mesmo, para não aplicá-los, quando já assinados, mostra-se como um uso arbitrário do poder por aquele que o detém ou o controla transitoriamente. Ou seja, para um

ISSN 1679-8902

Estado garantir seu império perante a população nacional e a comunidade internacional, afasta a ocorrência de determinadas situações, as quais diz comprometer a soberania estatal. Contudo, o discurso muitas vezes se revela vazio na prática, quando abordado por uma postura científica e imparcial. Os interesses da minoria que detém o poder se explicitam, e contrastam com a possibilidade de autodeterminação dos povos.

A situação não é diferente em relação à litispendência internacional. Negar sua existência não resolve a situação fática, mas apenas afaga o ego dos entusiastas do domínio absoluto territorial. Sendo uma realidade no mundo globalizado, dispositivos arcaicos como o artigo 90 do Código de Processo Civil mais atuam para o estabelecimento de lides do que para a sua resolução.

Não vislumbramos atentado à soberania nacional o reconhecimento da existência da litispendência internacional e a tomada de medidas para evitar uma situação que traz inegável desconforto à segurança jurídica. O Brasil já tomou medidas em que se relativiza sua própria jurisdição e aceita a incursão do direito externo no ordenamento interno, como através da homologação de sentença estrangeira. Não deveria permitir a existência, então, de dispositivos que engessam a discussão sobre a litispendência. O momento histórico é propício, já que a colaboração internacional está em pauta nas agendas de grande parte dos líderes ao redor do globo, e deveria ser aproveitado.

Considerações Finais.

A globalização propiciou e estimulou a Cooperação Jurídica Internacional. Em virtude disso, mecanismos foram criados com o intuito de combater o paralelismo processual e promover a segurança jurídica, demonstrando um grande avanço para o mundo do direito.

No Brasil implantou-se um sistema de homologação de sentenças estrangeiras, no qual tem como pressuposto dar efeitos extraterritoriais a uma sentença não proferida neste país. No entanto, a legislação brasileira demonstrou-se falha e contraditória no que concerne a questão da litispendência no âmbito internacional, haja vista que não a repele.

Assim, no sistema jurídico brasileiro atual, o fato de ação já ter sido proposta perante juízo competente estrangeiro não é impeditivo para que a autoridade brasileira, desde que também competente, conheça e julgue a

ISSN 1679-8902

causa. Ou seja, nos casos de competência concorrente em que um país já proferiu sentença ou esteja apreciando a lide, poderá ocorrer de uma das partes interpor a mesma ação (com mesmas partes, pedido e causa de pedir) na Justiça brasileira, ante a inexistência de óbice para tanto.

O argumento da soberania brasileira não deve ser usado levianamente para atravancar a evolução do direito, que atualmente aponta para uma maior integração entre os diferentes ordenamentos jurídicos pelo mundo, fruto direito da globalização. O Brasil não pode deixar de aproveitar outra oportunidade que se oferece, devendo empreender esforços para aproveitar o atual movimento de integração e cooperação internacional, na certeza de que dele virão frutos positivos para a ordem interna.

Referências

ARAUJO, N.; **Direito internacional privado – teoria e prática brasileira.** Rio de Janeiro e São Paulo: Renovar, 2013, p. 142-143.
BRASIL. **Constituição (1988).** ***Constituição da República Federativa do Brasil.*** Brasília, DF: Senado, 1988.
BRASIL, **Decreto Legislativo nº 6.891**, 02 de julho de 2009. Protocolo de Lãs Leñas, artigo 22.
BRASIL, **Decreto nº 3.413**, de 14 de abril de 2000, Convenção de Haia, artigo 7º.
BRASIL, **Decreto nº 4.657**, de 4 se setembro de 1942, Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.
BRASIL, **Decreto nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, artigos 88, 89, 90, 300, 301, 302, 303 e 483.
BRASIL, **Decreto nº 7.030**, de 14 de dezembro de 2009, Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, artigo. 26.
BRASIL, **Decreto nº 18.871**, de 13 de agosto de 1929, Convenção de Havana artigo 384.
CASTRO, A.; **Direito Internacional Privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v.2, p. 253;
Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009, **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados**, art. 26.
Decreto do Executivo nº 18.871 de 13 de agosto de 1929, **Convencao de Direito Internacional Privado de Havana.**
Decreto Legislativo nº 6.891, 02/07/2009, **Acordo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile, art. 22. DINAMARCO**, Cândido Rangel. Instituições de Direito Civil: Volume I. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
DALARI, D. A.; **Elementos de teoria geral do Estado.** 29ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
FILHO, V.; **Direito processual civil brasileiro- teoria geral do processo e auxiliares da justiça.** 21ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.1, p. 197.
GASPAR, R. Á.; **Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras no Brasil.** São Paulo: Atlas, 2009, p. 66.

ISSN 1679-8902

GONÇALVES, M. V. R.; **Novo Curso de Direito Processual Civil 1- teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte).** 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p.41 e 102.
JO, H. M.; **Moderno direito internacional privado.** São Paulo: LTr, 2001.
KELSEN, H.; **Teoria Pura do Direito**. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/7021473/Hans-Kelsen-Teoria-Pura-Do-Direito>, p. 364. Acesso em : 17 abr. 2013.
MIRANDA, P. **Comentários ao Código de Processo Civil. T II.** Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.171-172.
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em <http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=1148>. Acesso em 17 de abril de 2013, 18:42:00.
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, **Resolução nº 09**, de 15 de março de 2013.
TAVARES, A. R.; **Curso de direito constitucional**. 8ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Sobre os autores

Maria Carolina Gervasio Angelini - Discente do 8º Semestre do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) – ca_angelini@hotmail.com. Domiciliada à Rua Sacramento, nº 518, Centro, Campinas-SP, CEP 13010-210. Telefone: (19) 32321795.

Matheus Cardoso Malvezzi - Discente do 8º Semestre do Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Campinas (PUC-Campinas) – matheus.malvezzi@hotmail.com. Domiciliado à Rua Professora Maria Conceição Ferreira Alves Milano, nº 187, Jardim Cintra, Mogi Mirim-SP, CEP 13.800-375. Telefone: (19) 38624187

ISSN 1679-8902

JURIMETRIA – BUSCANDO UM REFERÊNCIAL TEÓRICO

Jurimetria - Seeking a Theoretical

BARBOSA, Cássio Modenesi
Faculdade Jaguariúna

MENEZES, Daniel Francisco Nagão
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo: O artigo busca introduzir no meio acadêmico brasileiro a discussão sobre a Jurimetria, que versa sobre uma nova forma de interpretar os dados existentes nos processo judiciais. Nas etapas iniciais o artigo demonstra a existência de infinitos dados estatísticos dentro do Poder Judiciário que não são analisados e que a Jurimetria pretende organizar cientificamente tais informações, quebrando o paradigma decisório do Judiciário e, contribuindo não só para a melhoria da prestação jurisdicional como também auxiliar na formulação de Políticas Públicas. A conclusão apresentada é que atualmente o Poder Judiciário, sem o auxílio estatístico para análise do impacto social de suas Decisões acaba por interferir e desarticular o processo de elaboração das Políticas Públicas prejudicando a efetivação dos Direitos Sociais.

Palavras Chave: Jurimetria; Pesquisa Aplicada em Direito; Impacto da Decisão Judicial; Políticas Públicas; Gestão Cartorial.

Abstract: The article seeks to introduce in the Brazilian academic discussion about the Jurimetria, which concerns a new way of interpreting existing data in judicial proceedings. In the early stages the article demonstrates the existence of infinite statistics within the judiciary that are not analyzed and scientifically Jurimetria intends to organize such information, breaking the paradigm of judicial decision-making and contributing not only to the improvement of adjudication as well as auxiliary in the formulation of public policy. The conclusion is that currently the Judiciary, without the assistance for statistical analysis of the social impact of their decisions ultimately interfere and disrupt the process of elaboration of public policies hindering the realization of social rights.
Keywords: Jurimetria; Applied Research in Law; Impact of Judicial Decision; Public Policy Cartorial Management.

Introdução

Tema recorrente nos meios judiciários e na Universidade é a morosidade do Poder Judiciário e a falência (financeira e administrativa) deste poder da República. O acervo[1] cresce exponencialmente constrangendo os operadores do direito a uma postura cada vez mais passiva e em dimensão

[1] Acervo é o termo técnico utilizado para indicar o números de processo pendentes de julgamento por magistrado.

ISSN 1679-8902

inversamente proporcional diante da avalanche processual que se desenvolve ao infinito.

O número de Juízes cresce lentamente, ou mesmo permanece estagnado em alguns Estados, o mesmo valendo para o pessoal administrativo em cada uma das unidades judiciárias. Basta lembrar quanto aos juízes que, no Estado de São Paulo[2], em 1.989 eram 2.000 e que hoje alcançam 2.400 aproximadamente. Enquanto isto, os processos mais que decuplicaram na casa dos milhões. Isto significa mais serviço para uma estrutura tanto insuficiente quanto deficitária, cujo resultado é o atraso crônico na prestação jurisdicional.

Ao mesmo tempo, os quadros da advocacia cresceram de forma igualmente exponencial, pois se em 1989 eram aproximadamente 90.000 hoje somam mais de 330.000 apenas no Estado de São Paulo, cuja atividade profissional já é fator determinante para o crescimento quer da litigiosidade quer do número de processos. Diante desta realidade há necessidade de se trazer novos instrumentos de gestão administrativa dos processos que tramitam pelas unidades judiciárias, posto insuficientes os meios tradicionalmente utilizados.

De fato, a prestação jurisdicional tradicional, calcada na condução artesanal dos processos é coisa do passado e fadada ao esquecimento em razão da ineficiência estrutural que representa. Ao mesmo tempo, não se pode perder do horizonte decisório o respeito ao devido processo legal o que representa um freio natural ao andamento célere deles.

Surge assim, o problema central do texto que é a tensão entre garantias constitucionais (individuais lembre-se) da rápida prestação jurisdicional e, do respeito ao devido processo legal.

Especulações sobre a Origem das Demandas

Diversas são as tentativas de solucionar o impasse (colisão de princípios) acima demonstrado, tentativas como incentivo à mediação da conciliação e mediação sem esquecer da Lei de Arbitragem que foi uma tentativa de desafogar o Poder Judiciário nas causas empresariais. Surgem

[2] Neste artigo os dados e referências utilizados sempre terão por referência o Estado de São Paulo.

ISSN 1679-8902

inúmeras leis que buscam dificultar os recursos processuais, especialmente recursos aos Tribunais Superiores[3]. Além disso, há a simplificação dos procedimentos judiciais mais simples, como a criação dos Juizados Especiais (Cíveis e Criminais) no ano de 1995 e dos Juizados Especiais Federal em 2001 e, a recente criação dos Juizados Especiais da Fazenda Pública em 2009, ainda não implementados na prática, ao menos no Estado de São Paulo. Na linha da simplificação podemos mencionar ainda a possibilidade de realização de divórcio[4] e inventário nos Cartórios Extrajudiciais de Nota – com a eliminação da participação judicial. Recentemente as tentativas (paliativas) de melhoria da prestação jurisdicional são no sentido de aumento do uso do Processo Eletrônico que nada mais é do que a eliminação do papel e, a disponibilização na internet dos atos processuais (antigos autos), sem contudo, alterar a lógica dos procedimentos e da decisão.

Todas estas medidas partem de um pressuposto liberal de que o processo – especialmente o processo civil – é uma finalidade em si mesmo, isto é, isolada de todo o contexto social no qual está envolvido. A origem do conflito não é analisada nas medidas de "modernização" do Poder Judiciário, ficando o processo (Direito Judiciário) imune as mudanças políticas e sociais.

A última grande mudança organizacional do Poder Judiciário foi a unificação dos código processuais em 1939 sob o comando de Francisco Campos que afirma já àquela época:

> "Nesse sentido, o novo processo é eminentemente popular. Pondo a verdade processual não mais apenas a cargo das partes, mas confiando, numa certa medida, ao juiz a liberdade de indagar dela, rompendo com o formalismo, as ficções e presunções que o chamado 'princípio dispositivo', de 'controvérsia' ou 'contradição', introduzia no processo, o novo Código procura restituir ao público a confiança na justiça e restaurar um dos valores primordiais da ordem jurídica, que é a segurança nas relações sociais reguladas pela lei. Noutro sentido ainda podemos falar do cunho popular do novo processo: ele é um instrumento de defesa dos fracos, a quem a luta judiciária, nos quadros do processo anterior, singularmente desfavorecia." (Campos, 2001 p. 164)

[3] Podemos citar aqui a Súmula Vinculante, a Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários, ou, a eliminação de julgamento colegiado em apelações repetitivas.

[4] Ainda há que se mencionar a Emenda Constitucional 66 que extinguiu o dúplice processo para a extinção do vínculo conjugal (separação e divórcio) concentrando tudo em um único ato judicial (ou extrajudicial) – o divórcio.

ISSN 1679-8902

Francisco Campos, em que pese seu caráter autoritário demonstrado na Constituição de 1937 por ele redigida, atacava o ponto central do problema do Poder Judiciário, ou seja, a sua rendição às doutrinas liberais do século XVII que via o processo como um duelo[5] entre as partes, reduzindo o conflito aos argumentos trazidos com exclusividade pelas partes litigante, afastando o Poder Judiciário (o Estado na verdade) do conflito real demonstrado pelas partes no processo judicial, impedindo assim a sua resolução pelo Estado dependendo do contexto do processo.

No atual contexto processual, o conflito – quando muito – é resolvido entre as partes e não, no seu contexto coletivo. O Juiz se torna um ser alheio à realidade existente fora dos autos – daí a crítica ao liberalismo do processo, que se centra no problema do indivíduo e não no problema coletivo – da sociedade.

Na atualidade, José Eduardo Faria (1996 p. 18) se refere ao problema como uma crise que se desdobra nos problemas da eficiência e da identidade, caracterizada a primeira pela sua inefetividade em fazer frente aos problemas que lhe chegam às mãos em razão do caráter burocratizado e anacrônico de sua estrutura, comprometendo os serviços judiciais tanto no aspecto quantitativo quanto no qualitativo.

Como já dito, o volume de processos crescem diariamente, cujas exigências de solução impõem (geram) um rebaixamento contínuo da qualidade, propiciando, por tais motivos, a necessidade das estandardizações das decisões em modelos pré-fixados[6] que, por idealizados, desconectam-se do caso concreto enquanto unidade da realidade e provocam erros judiciários, erodindo a base de credibilidade sobre a qual se assenta o exercício da atividade jurisdicional.

Aqueles que militam nas atividades judiciárias (juízes, advogados, promotores, defensores públicos, delegados) conhecem bem a realidade das

[5] *"A concepção do processo como instrumento de luta entre particulares, haveria de substituir-se a concepção do processo como instrumento de investigação da verdade e de distribuição da Justiça. Essa reforma do processo, destinada a pôr sob a guarda do estado a administração da Justiça, subtraindo-se à discrição dos interessados, tem um sentido altamente popular. Nenhum ramo de ciência jurídica se havia tornado tão hermético como o processo. Descomplicando lances em que se esmeravam os malabaristas da vida forense, o povo deixara há muito de perceber as razões do fracasso ou do êxito. A ordem judiciária tornara-se inacessível à compreensão popular, e com isto se obliterava uma das finalidades mais altas do Direito, que é introduzir e manter a segurança nas relações sociais."* (Campos, 2001 p. 163)

[6] Utilize-se como exemplo o art. 285-A do atual Código de Processo Civil que permite o juiz extinguir já no despacho inicial causas que repetidamente já foram julgadas improcedentes.

ISSN 1679-8902

"teses jurídicas" que "pegam ou não pegam" – especialmente em direito previdenciário e direito tributário – que geram a distribuição de milhares de ações judiciais discutindo individualmente a "tese" sem que, uma solução ao problema fático que gerou a "tese" jurídica seja oferecido pelo Poder Judiciário.

Mas a morosidade no Poder Judiciário possui não apenas estas causas – de natureza quantitativa que levam ao assoberbamento do Judiciário, como também provoca outros efeitos negativos. A morosidade, denominada por Alejandro Nieto (2005 p. 37) como "*el síndrome del desgobierno judicial"* é o resultado de uma justiça tardia, cujos prazos dilatados são o resultado de uma mentalidade burocrática e dilatória, tudo em ofensa ao princípio constitucional de um prazo razoável para a duração do processo (CF-5º, LXXVIII) e integram a cesta de eventos que constituem o assim denominado custo Brasil. De fato, ressalvadas as hipóteses excepcionais de causas que se atrasam por conta das dificuldades para citação, de sua maior complexidade ou de questões técnicas que levam a perícias mais elaboradas a exigirem maior cuidado, os prazos processuais estão definidos em Lei.

E a Lei, se presume, vale igualmente para todos. Todavia os processos atrasam e atrasam ainda mais por força da inefitividade estrutural do Poder Judiciário, cujas metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ - representam um pálido esforço de solução, sem qualquer resultado prático ou efetivo a ser mostrado em quase dez anos de funcionamento do órgão, levando inclusive a fortes discussões sobre a necessidade de continuidade de existência do Conselho.

Um segundo aspecto a determinar a morosidade é a outra cara da moeda da justiça tardia, isto é, uma administração judicial embaraçada pelo arcaísmo de seus métodos gerenciais. Basta observar o acervo sempre crescente de processos nas unidades judiciárias, nas Comarcas e nos Tribunais, cujos números falam por si mesmos.

Um terceiro aspecto são os custos inerentes ao processo, algo minorado pela existência das Defensorias Públicas – Estaduais e Federais, bem como pela Lei de Assistência Judiciária (nº. 1.060/50). É verdade que a Constituição garante a Justiça Gratuita (inclusive para pessoas jurídicas) a todos aqueles que comprovarem ser hipossuficientes – vide o art. 5º, LXXIV da Constituição Federal - mas também o é que a Lei 1.060/50, em seu artigo 4º exige como prova de hipossuficiência a simples declaração de pobreza do

ISSN 1679-8902

interessado. Equivocada interpretação jurisprudencial vem emprestando ao princípio constitucional e à letra da Lei exigência de prova efetiva de hipossuficiência, sob o argumento de quem contrata advogado possui meios para fazer frente aos custos do processo. A consequência deste procedimento é que não poucas vezes hipossuficientes vêm seus direitos se perderem porque não podem fazer frente a encargos, cuja incapacidade, por esta ou aquela razão, não foram capazes de demonstrar ou que os critérios adotados para sua aceitação foram de um rigor formal indevido.

Constitui ainda, um quarto aspecto do problema a desigualdade de tratamento dispensado aos jurisdicionados presumivelmente iguais perante a Lei e credores de um mesmo tratamento das autoridades judiciais. Desta forma, determinados casos ganham celeridade insuspeita – ou são esquecidos nos escaninhos de alguma serventia – de forma a proporcionar distorção na condução dos casos em prejuízo do princípio da imparcialidade, da equidistância do caso, favorecendo uns em detrimento de outros. Já é velho entre nós a frase atribuída a Vargas pela qual *aos amigos tudo e, aos inimigos, a Lei!*

Também resulta difícil o trato dos casos que chegam às mãos dos juízes, pois há um filtro natural exercido pelas autoridades administrativas e pelo Ministério Público no exercício das suas respectivas esferas de competência. Não poucas vezes a administração pública usa de dois pesos e duas medidas quando do exercício da fiscalização ou o próprio Ministério Público privilegia um determinado evento em detrimento de outro, sem que os critérios de eleição sejam conhecidos e aferíveis por quaisquer critérios de isonomia.

Resulta desta prática a transformação do Poder Judiciário em refém de discricionariedade tanto questionável quanto discriminatória e, principalmente antidemocrática, pois realizada por agente burocrático não eleito – funcionário público ou promotor, no caso do Ministério Público. Deliberações sobre o que e como enfatizar na atuação do Estado somente cabe a representantes diretos do povo, no caso o Poder Legislativo e não a membros técnicos (burocratas) que estão em suas funções para cumprir as determinações do poder político legítimo e não para fazer política.

ISSN 1679-8902

O quinto aspecto revela-se pela imprevisibilidade da Justiça. Na plástica imagem de Alejandro Nieto (2005) não era para ser assim, mas de acordo com uma estrutura que confere certeza e segurança jurídicas pois:

> "o sistema judicial parece um grande aparato ocupado, desde o princípio, até o final, em garantir a segurança jurídica dos cidadãos. O direito pretende com arrogância desalojar o azar das relações sociais já que graças a ele tudo há de estar previsto: cada um sabe em cada caso o que deve fazer, o que deve esperar do comportamento dos demais e, sobretudo, as consequências destes deveres e expectativas e do seu descumprimento; as leis marcam provisoriamente os sulcos pelos quais hão de caminhar os cidadãos os cidadãos e os tribunais se encarregam repor nos trilhos os descarrilhados; tudo está regulado nos avultados diplomas legislativos e nas Universidades se formam especialidades capazes de desentranhar o sentido da última vírgula dos textos. E se ainda houver dúvidas, em cada rua se aninham sagazes advogados dispostos a dissolve-las. Diante de tanta segurança os ilícitos apenas podem ser obra de marginais em conluio." (Nieto 2005 p. 60)

Deve-se desde logo destacar, porém, que a imprevisibilidade está presente e é, em um de seus aspectos, o efeito da própria estrutura do ordenamento jurídico que se revela pela análise de suas fontes (Bobbio, 1993 p. 173), isto é, da perspectiva das fontes delegadas, a fazer tábula rasa do ideal acima transcrito. Por ela todo poder é legitimado por uma norma que o antecede e toda norma é fruto de um poder competente, de maneira que, em sua origem, o poder está concentrado em uma Assembleia Constituinte e legitimado por uma única norma, pressuposta e denominada fundamental.

Como em cascata, graficamente formando uma pirâmide, o poder originário delega (através da Constituição) aos entes infraconstitucionais competência normativa de maneira que com relação ao Poder Judiciário cada juiz possui competência decisória única e plena para os casos que lhe chegam ao conhecimento. E, no exercício da jurisdição, cada magistrado empresta ao caso em análise a decisão que entende correta do ponto de vista jurídico. Ocorre que esta pluralidade de competências tende a se dissociar em pontos de vista específicos ao invés de concentrar em uma única orientação. Ora, se as decisões não são necessariamente as mesmas elas não têm porque serem iguais, daí a imprevisibilidade que elimina a certeza da decisão, porque incerta (imprevisível), transforma o processo judicial num risco, um grande jogo de final incerto.

ISSN 1679-8902

Mas a este quadro de insegurança se agrega a situação de que as opiniões jurídicas (e não jurídicas às vezes) também conhecem dissenso entre advogados dos mais variados tipos e especializações e doutrinadores das mais variadas escolas e tendências ideológicas, cada qual considerando que a sua perspectiva é aquela que faz justiça ao caso concreto. Como nunca se sabe qual juiz será designado para conduzir e decidir a demanda (composta por interesses individuais dos litigantes, nunca de uma perspectiva total, lembre-se), há uma certa loteria, um elemento aleatório, consistente em se ter "sorte" quando da distribuição da petição inicial em ver a demanda atribuída a um magistrado mais sensível à causa que se lhe apresenta o que leva o jurisdicionado a um exercício de adivinhação com relação ao juiz que irá conduzira a sua causa e a procurar adeqüar sua argumentação às particularidades culturais e pessoais específicas daquele julgador[7].

Bem por isso, lembra Julio Cueto Rúa (1991 p. 13) na introdução à obra Direito e incerteza:

> "que o direito é comportamento judicial. É o que os juízes decidem nos casos concretos. Os advogados devem procurar o prognóstico deste comportamento. Mas não se trata de antecipar, na medida do possível, como interpretarão as normas nem como declararão o direito aplicável ao caso, senão de algo muito mais difícil e incerto. Se trata de vaticinar sua atitude ante a prova e seu mérito, e, em sua força, qual será a decisão do juiz com relação aos fatos do caso".

Esta concepção de atribuição de poder de um lado favorece a oxigenação do universo jurídico impedindo que ele se engesse em uma única direção e o capacita, em tese, a se adaptar ao movimento social (realidade como proposto por Francisco Campos citado acima), mas, do outro, solapa o princípio da segurança jurídica ao permitir que casos iguais ou semelhantes conheçam soluções diametralmente opostas quando deveriam oferecer o mesmo resultado.

De qualquer forma, como vaticina Nieto (2005 p. 69), a ineficácia *"resulta um fato indiscutível que sufoca os juízes, oprime o cidadão e regozija os delinquentes"* e, mais adiante destaca que:

> "se o sonho da razão produz monstros, o da razoabilidade do processo conduz aos mesmos resultados. A dourada herança da Ilustração e do

[7] Neste sentido conferir a obra de Jerome Frank (1991).

ISSN 1679-8902

> liberalismo constitucional – que prometeu redimir a Humanidade de um milênio de cativeiro – terminou apodrecendo por leniência intelectual e perversão política." (Nieto, 2005 p. 71)

Outro grave reflexo da ineficácia do Poder Judiciário é o custo econômico que representa o acúmulo sem fim dos processos, cuja demora serve de estímulo às práticas mais nefastas na condução dos negócios. De fato, aquele que suporta uma obrigação instrumentaliza a seu favor a lentidão processual para retardar a sua satisfação, de molde a fruir a corrosão da dívida como um "desconto". Sobre isso, "ameaçar" o credor com o périplo processual – consistente na invectiva de lhe ordenar "procurar os seus direitos" – importa em auferir ganhos decorrentes da demora do sistema levando o credor a abrir mão do que lhe é de direito para não perder tudo. Naturalmente que os custos desta prática são repassados ao consumidor ou a algum desavisado na cadeia produtiva que não atina com as razões da inflação dos preços praticados no mercado. De toda forma a insatisfação dos direitos ou o não cumprimento das decisões judiciais a tempo, corroem os direitos causando inúmeros prejuízos econômicos.

Esta prática se agrava nas demandas de natureza trabalhista, pois, na legislação respectiva não há maiores implicações para a inadimplência das verbas salariais, colocando o trabalhador - hipossuficiente que depende do salário para sobreviver – em condições de desvantagem competitiva, obrigando-o a aceitar acordos que lhe são manifestamente prejudiciais. Trata-se do popular "é pegar ou largar" comumente falado pelos empresários nas mesas de audiência trabalhista[8].

É como conclui Nieto (2005 p. 71):

> "uma justiça ineficaz é a praga da economia, já que a insegurança os custos e os atrasos dos pleitos carreiam severos prejuízos econômicos. A dificuldade na cobrança das dívidas provoca uma elevação dos preços como o prêmio de seguro pela demora nos pagamentos. Existem empresas que se arruínam ainda que tenham ativos importantes que não existe modo de os fazer efetivos porque dormitam durante decênios em algum julgado ou porque as sentenças não se executam a tempo."

[8] A mesma prática é encontrada nas demanda envolvendo Direito do Consumidor movidas nos Juizados Especiais Cíveis. Nestas ações as grandes empresas oferecem acordos irrisórios contando com o desestímulo do autor (consumidor no caso) em continuar com a demanda perante o Poder Judiciário, seja pela sua burocracia, pelo tempo despendido e pelo custo da demanda.

ISSN 1679-8902

No contexto apresentado, de quem a responsabilidade econômica e social por este quadro de deterioração e corrosão dos mais comezinhos princípios jurídicos pelos quais *justitia est constans et perpetua voluntas tribuere suum cuique?*

Novas demandas sociais

O Poder Judiciário foi concebido – na sua visão liberal - para atuar dentro de um modelo normativista, isto é, calcado na legalidade e no primado da lei, que define os limites do lícito e do ilícito (em um verdadeiro jogo maniqueísta), abstraindo-se de qualquer conteúdo moral. Assim sistematizado, o fato social apenas ganha sentido quando se subsume pela imputação a um conteúdo normativo determinado. Eminentemente formalista o que realmente importa na distribuição da justiça são os seus aspectos técnicos do arcabouço legal, em uma dimensão processual e procedimental.

Cada situação jurídica é tratada individualmente - como um caso atomizado e, portanto, desconectado de sua inserção social. Com isto, ocorre uma espécie de ruptura lógica, porque a desconexão também alcança as ramificações políticas e históricas do caso. Por extensão pode-se afirmar que o arcabouço jurídico também sofre do mesmo problema ao se ver reduzido apenas ao normativo, relegando a verdade justiça social a mera obra do acaso – uma justiça por acidente.

A implicação necessária deste formalismo é identificar uma profunda alienação do arcabouço jurídico em relação à sociedade para a qual se dirige porque, ao idealizar as relações sociais, contenta-se com aspectos formais negligenciando aqueles materiais.

A redução da realidade à forma normativa é que permite pressupor serem todos iguais perante a lei, cujos movimentos se articulam em torno do conceito de sujeito de direitos. O resultado é que as decisões judiciais serão tão previsíveis quanto controláveis no universo das relações privadas, individualizadas melhor dizendo e, limitadas à dimensão de uma justiça comutativa que se dirige aos conflitos interindividuais.

Neste quadro o Poder Judiciário não estará capacitado a autuar – nem nunca esteve - em demandas que escapem desta quadratura, a saber, dentre outras: demandas coletivas, questões relativas ao consumidor e sua reparação

ISSN 1679-8902

(daí a tendência a sentir-se constrangido pelo argumento do enriquecimento sem causa), causas nas quais tenha que aplicar a justiça distributiva. Em comum a todas elas o rompimento com o paradigma formal e normativista legado pela cosmovisão liberal que inspira o direito positivo de caráter burguês.

As razões desta incapacidade não são difíceis de discernir. Os novos conflitos desenvolvem-se, cada vez mais, de forma multifacetada e dificilmente podem ser reduzidos a um esquema lógico-formal advindo do liberalismo do século XVIII.

Esta incapacidade pode ser ilustrada a partir do usucapião condominial previsto pelo Estatuto da Cidade (Lei 10.257/10), cujo processamento se viu inviabilizado na prática. Em primeiro lugar, o Judiciário reconhece o exercício da propriedade na relação estabelecida entre o indivíduo e a coisa fisicamente identificada, sobre a qual ele exerce o seu domínio de forma mansa e pacífica. Para a hipótese do Estatuto da Cidade há substancial alteração de paradigma ao possibilitar que a coisa suporte a composse com *animus dominii* por uma coletividade que será favorecida no seu conjunto pela prescrição aquisitiva em tantas frações ideais quantos forem os seus componentes.

Contudo, ainda que a previsão legal contenha inegável avanço no trato do problema da distribuição da moradia, o fato é que a nova equação da atribuição originária da propriedade não encontrou eco no universo jurídico o que pode se constatar pela escassez de decisões a respeito. As causas desta escassez são várias, mas a determina dificuldade, senão impossibilidade, de se instrumentalizar o novo paradigma. Ou seja, o direito a moradia não é efetivado na ação judicial, seja para as partes seja como um todo.

Outro exemplo clássico pode ser extraído das demandas de massa representadas pelos contratos bancários de alienação fiduciária ou de arrendamento mercantil, habitualmente manejados por meio da ação de reintegração de posse. As instituições financeiras, assim que favorecidas pela reintegração e com certa regularidade, promovem o leilão do veículo sem autorização judicial para tanto, e frustrando a faculdade do consumidor purgar a mora e preservar a relação contratual como prevê a lei. O Decreto-Lei 911/69, em seu art. 3º, § 6º, prevê multa igual a 50% do valor do contrato para a hipótese, mas ela dificilmente é aplicada sob o argumento de que se provocaria enriquecimento sem causa do consumidor, multa esta que se tornaria elemento indutor de uma política de comportamento das instituições

ISSN 1679-8902

financeiras. Esta ausência de capacidade de induzimento de comportamentos pelo Poder Judiciário, como no caso dos financiamentos de veículos, acaba por afastar o Poder Judiciário, verdadeiro *lócus* da existência do conflito social, da formulação[9] ou contribuição na formulação de Políticas Públicas Setoriais, como no caso, a Política Pública de Transporte.

Exemplos como estes existem em profusão e provocam desnecessária dilação dos processos respectivos, colaborando para o retardamento da prestação jurisdicional e avultamento do acervo de processos sem decisão.

Conclui-se com José Eduardo Faria (1996 p. 29) que a:

> "Neutralidade e imparcialidade *[do Judiciário[10]]* conjugada com uma hermenêutica positivista que o obriga a interpretações restritivas e objetivas dos códigos, convertem-se em condição básica para a legitimação de uma concepção específica de ordem e segurança. Trata-se, pois, de uma concepção passiva de instituição judicial, expressa pela postura formal conferida a um magistrado enquadrado por uma relação de dimensão exegética com a legislação em vigor e de contato distanciado com os fatos, sobre os quais faz incidir estritos juízos de constatação, excluindo quase por completo os diferentes matizes de caráter histórico, ideológico e sociológico que particularizam o processo em julgamento."

A estatística como metodologia

A produção do conhecimento exige sempre a descoberta de novos horizontes para o seu desenvolvimento, impondo ao pesquisador o enfoque correto por meio do método adeqüado, para encontrar solução a um determinado problema. A ciência jurídica está tradicionalmente centrada na análise qualitativa das idéias, o que a levou a se hipostasiar em relação à realidade, tanto mais se alienando, quanto mais idealizava esta mesma realidade.

O uso da estatística no direito, como instrumento de análise concreta e objetiva dos processos, da realidade forense, das motivações que desatam os

[9] Não se ignora aqui o debate sobre a legitimidade do Poder Judiciário em elaborar ou interferir na formulação de políticas públicas, debate este que ensejaria um outro artigo exclusivamente para discussão deste tema. O que não se pode negar é a interferência de fato o Poder Judiciário está a exercer com suas famosas "liminares" para efetivação de direitos constitucionais individuais, as quais, acabam por desestruturar toda a Política Pública anteriormente formulada pelo poder competente, no caso o Poder Executivo, com anuência do Poder Legislativo através da aprovação das contas (orçamento) municipais.

[10] Destaque dos autores.

ISSN 1679-8902

conflitos, das causas econômicas subjacentes à constituição dos interesses contrapostos, representa um parâmetro inovador, porque constitui novo paradigma para a reflexão acadêmica deste direito, propiciando a construção da justiça material e não apenas formal. Sua fonte deixa de ser a discussão abstrata de series normativas que se explicariam em um formalismo científico (BOBBIO, 1993 p. 46), para buscar nos processos e suas motivações o indicativo da realidade jurídica que os permeia.

Em consequência, deixa de aplicar a lei de forma mecânica e acrítica, mas passa a fazê-lo com a objetividade exigida pelos fatos. As consequências sociais da aplicação da lei ao caso concreto, especialmente da aplicação resultante de um processo judicial, é elemento de pouco estudo no direito, mormente se tomadas pelo viés da elaboração de dados estatísticos sobre as decisões judiciais, cujo estudo do impacto social se dará a partir, repita-se, da eleição e organização dos indicadores (elemento qualitativo), e também dos temas tratados nos processos (elemento quantitativo) e qual o processo de formação das decisões do Poder Judiciário, qual o seu reflexo setorial, bem como sua dinâmica institucional. Este tipo de análise constitui um novo ramo de conhecimento, a Jurimetria. É a métrica do Judiciário.

A métrica do Judiciário é o resultado, então, de um método de trabalho, de um método calcado na análise dos indicadores que, aferidas as proporções de cada um no todo, oferecerão as tendências das práticas comerciais desenvolvidas.

A metodologia oferecida pela estatística deve ser compreendida, conforme explana a Drª. Márcia Milena Pivatto Serra, em artigo ainda inédito sobre o tema, porém focado na relação entre população e violência, mas gentilmente cedido para este trabalho. Diz ela sobre a jurimetria que o termo foi:

> "cunhado pelo advogado Lee Loevinger[11] na década de 60, pensado como uma forma de tornar as decisões judiciais (jurisprudência) experimentadas (como ocorre com os experimentos das ciências exatas) e não somente comentadas (HADDAD, 2010). Entendida como a

[11] LOEVINGER, Lee. Jurimetrics: the methodology of legal inquiry. Published by: Duke University School of Law. Law and Contemporary Problems, Vol. 28, No. 1, Jurimetrics (Winter, 1963), p. 5-35

ISSN 1679-8902

> aplicação dos métodos da Estatística e da Probabilidade ao estudo e elucidação dos fenômenos jurídicos (NUNES e COELHO, 2010; apud ARNOLDI, 2010), ou ainda, de uma forma mais abrangente, como estudos empíricos legais (HEISE, 2002)."

Se considerarmos a definição de Heise, a Jurimetria deveria compreender não somente estudos com uma abordagem quantitativa, mas também estudos com uma abordagem qualitativa, onde a estatística não seria uma ferramenta adequada de análise e sim métodos e técnicas como o estudo de caso, a investigação participativa, a observação participante, a análise interpretativa, os grupos focais, etc.

A Associação Brasileira de Jurimetria (ABJ) coloca a jurimetria como um ramo do conhecimento jurídico. Classicamente, o objeto de estudo do Direito são as análises das normas jurídicas, suas possíveis interpretações e os conceitos jurídicos de uma perspectiva teórica. Embora tal perspectiva seja fundamental, o estudo do direito não deveria se restringir apenas a análise dos possíveis significados das leis. A associação e autores como Nunes e Coelho (2010) colocam a importância de se estudar não apenas as leis e suas possíveis interpretações, mas também as características concretas dos processos jurídicos de decisão. É importante entender como os fatos, atos e negócios que concretizam o direito se dão no cotidiano da vida em sociedade.

> "Tão importante quanto estudar o conceito legal de responsabilidade civil, de contrato e de sentença, é compreender quais as características das indenizações, dos contratos e das sentenças produzidas concretamente pelos operadores no seu dia-a-dia (NUNES e COELHO, 2010)".

Desta forma, ferramentas como a jurimetria poderiam descrever como se dá, efetivamente, a dissuasão prática dos processos em que há conflitos de interesse.

> "A estatística é a metodologia adequada para o estudo empírico quantitativo de um universo de eventos. Segundo Escotet (1973 apud BISQUERRA, SARRIERA, MATÍNEZ, 2007) estatística é a técnica que computa, numera, mede fatos relacionados aos elementos de uma amostra ou população; coordena e classifica os dados obtidos com o objetivo de determinar suas causas, consequências e tendências, e se divide em estatística descritiva e estatística inferencial. A estatística descritiva compreende a coleta, tabulação, apresentação, análise, interpretação, representação gráfica e descrição dos dados coletados, facilitando sua compreensão e interpretação. Já a Estatística Inferencial pretende inferir

ISSN 1679-8902

> características de uma população a partir de dados observados em uma amostra de indivíduos."

Embora autores como Sisk e Heise (2005) ao retomar o que chamaram de "O Grande Debate do Método Empírico de 2002" ("The Great Empirical Method Debate of 2002"), organizado pela University of Chicago Law Review, colocam que o Professor Lee Epstein revisou centenas de artigos empíricos e em muito deles observou a violação dos princípios inferenciais. A estatística inferencial não será abordada neste artigo.

> "As técnicas descritivas podem ser utilizadas tanto com dados amostrais como com dados populacionais, já as técnicas inferenciais somente fazem sentido quando se trata de dados amostrais. A população na estatística deve ser entendida de uma forma mais ampla do que meramente um conjunto de pessoas, mas sim como um conjunto de elementos com características em comum, definidas temporalmente e espacialmente, já a amostra seria um subconjunto qualquer desta população. Para fazer a inferência estatística é necessária uma amostra representativa dos dados populacionais preferencialmente randômica (aleatória), ou seja, obtida através de um sorteio probabilístico."

> "Dos elementos (ou indivíduos) de uma população ou amostra podemos levantar características, opiniões ou fatos que variam de indivíduo para indivíduo, as variáveis. As variáveis podem ser classificadas basicamente como variáveis qualitativas e quantitativas. Algumas variáveis como sexo, educação, estado civil, apresentam como realizações de uma qualidade (ou atributo) do indivíduo pesquisado e são chamadas qualitativas. Ao passo que outras, como número de filhos, idade, salário apresentam como possíveis realizações número resultantes de uma contagem ou mensuração e são chamadas quantitativas. Dentre as variáveis qualitativas podem-se distinguir as ordinais para as quais existe uma ordem como o grau de instrução[12], ou as nominais para as quais não existe nenhuma ordenação como o sexo e o estado civil. As quantitativas também sofrem uma classificação dicotômica, podendo ser classificadas em discretas, quando os possíveis valores formam um conjunto finito ou enumerável de números, como por exemplo o número de filhos (0, 1, 2,...); ou em contínuas, quando os

[12] O grau de escolaridade pode ser classificado, por exemplo, em analfabeto, primeiro grau incompleto, primeiro grau completo, segundo grau incompleto, segundo grau completo, superior incompleto e superior completo; e como se pode observar tais categorias podem ser ordenadas.

ISSN 1679-8902

> possíveis valores pertencem a um intervalo de número reais como a idade[13] (BUSSAB e MORETTIN, 2002)."
>
> "As informações estatísticas devem ser devidamente coletadas e registradas sejam elas populacionais ou amostrais. Seja qual for o instrumento usado para obter as informações necessárias para o estudo em questão, deve-se garantir a boa qualidade do dado, levantando todas as variáveis necessárias para que o objetivo do estudo seja atingido."

E, observados os métodos oferecidos pela estatística, é possível trazer para a análise do direito, instrumentos de aferição dos índices por meio dos quais será possível dimensionar o fluxo de processos e, por meio deles, chegar à eficácia concreta das Leis e de sua aplicação quando das decisões judiciais.

Desta forma, conforme já afirmado, rompe-se com o idealismo que sempre levou a doutrina jurídica a níveis cada vez mais abstratos na compreensão da realidade, ao mesmo tempo em que, paradoxalmente, distanciava-se desta mesma realidade, chegando-se ao ponto de alienar-se dela.

Ora, a análise quantitativa proporcionada pela metodologia estatística promove o reencontro entre as necessidades sociais e o ofício de se decidir, permitindo maior e melhor desenvolvimento das políticas públicas.

A jurimetria como novo padrão de gerenciamento

As razões para esta falta de unidade conceitual, para a dificuldade do Poder Judiciário se adaptar ao novo contexto sócio-político em que atua – ou seja, à realidade -, tudo gerando crise de eficiência, se encontram no estudo clássico do direito ao possuir um plano teórico e outro empírico. Os juristas são formados, em sua maioria, para aplicar ao caso concreto a lei que decorre, por sua vez, de um referencial teórico localizado fora do direito – filosofia, sociologia, antropologia, política, dentre outros ramos do saber.

Ocorre que, muitas vezes, este referencial teórico que fundamenta o direito, é esquecido nas Faculdades de Direito, as quais resumem o direito à lei, especialmente a lei positiva, imposta pelo Estado. Basta para isso uma

[13] Podemos dizer, por exemplo, que um indivíduo tem 22, 55 anos, ou seja, 22 anos, 5 meses e 15 dias.

ISSN 1679-8902

simples enquete com os estudantes de direito sobre suas disciplinas preferidas ou mesmo, uma análise sobre os temas mais comuns nos Trabalhos de Conclusão de Curso. As disciplinas de fundamentação do direito – ou propedêuticas – recebem a alcunha de "perfumarias".

Neste contexto, é ensinado ao aluno de direito e, repetido por este aluno ao se formar e atuar como "operador do direito" que cabe ao Juiz subsumir o fato (que ele não conhece bem tem capacidade muitas vezes para conhece-lo) à lei, resultando daí, a Decisão Judicial, pouco importando os efeitos sociais desta Decisão Judicial pois, a estrutura judicial – e de ensino também – não permitem tal reflexão.

Mesmo o Direito sendo reduzido à lei positiva, esta continua a ser uma aspiração teórica do legislador, cujas interpretações são levadas em consideração pelo aplicador tradicional do direito ao lado de diversos outros fatores que interferem nos processos jurídicos de decisão e, por consequência, na resolução de casos concretos.

As consequências sociais da aplicação da lei ao caso concreto, especialmente da aplicação resultante de um processo judicial, é elemento de pouco estudo no direito, mormente se tomadas pelo viés da elaboração de dados estatísticos sobre as decisões judiciais.

Isto é, o impacto social das decisões judiciais não é – nem nunca foi - analisado de forma sistemática[14], através de processos estatísticos adequados que permitam chegar a conclusões científicas de como o Poder Judiciário decide e quais os impactos setoriais de tais decisões na sociedade. Quando muito, um único caso isolado serve como ponto de análise do impacto da decisão judicial na sociedade o que, por óbvio, gera distorções absurdas em suas conclusões.

A partir da organização estatística das decisões judiciais (elemento qualitativo), e também dos temas tratados nos processos (elemento

[14] "As consequências sociais da aplicação da lei ao caso concreto, especialmente da aplicação resultante de um processo judicial, é elemento de pouco estudo no direito, mormente se tomadas pelo viés da elaboração de dados estatísticos sobre as decisões judiciais. Isto é, o impacto social das decisões judiciais não é analisado de forma sistemática, através de processos estatísticos adequados que, permitam chegar a conclusões científicas de como o Poder Judiciário decide e, quais os impactos setoriais de tais decisões na sociedade. Quando muito, um único caso isolado serve como ponto de análise do impacto da decisão judicial na sociedade. A partir da organização estatística das decisões judiciais é possível obter parâmetros de tomada de decisão do judiciário e, compará-los com outros indicadores sociais existente, permitindo a análise de correlação entre os parâmetros de decisão encontrados no Poder Judiciário com os demais indicadores sociais." (Siqueira Neto; Menezes, 2012 p. 91)

ISSN 1679-8902

quantitativo) é possível obter parâmetros de tomada de decisão do Poder Judiciário e compará-los com outros indicadores sociais existentes, permitindo a análise de correlação entre os parâmetros de decisão encontrados nos diversos Tribunais que compõem o Poder Judiciário.

Este tipo de análise está formando um novo ramo do conhecimento, a Jurimetria. É a métrica do Judiciário.

A metodologia de pesquisa da Jurimetria pode ser aplicada a qualquer levantamento estatístico nos três poderes da República, contribuindo para a formação de um novo método de pesquisa no Direito. Sua aplicação, em especial ao Poder Judiciário, busca quer o levantamento estatístico dos tipos de demanda e seu fluxo, quer a administração deste mesmo fluxo de molde a buscar resgatar a efetividade da jurisdição, podendo se falar na criação de um novo ramo na administração pública – a administração judiciária.

A Jurimetria enfrenta as demandas judiciais e suas decisões a partir da massa de processos que se oferecem à análise do Poder Judiciário, isto é, em uma perspectiva do caso concreto ao normativo que inverte o movimento de compreensão porque se realiza de baixo para cima e no conjunto que apresenta à análise e não caso a caso, de forma atomizada e isolada, como se dá presentemente.

Também impõe a necessidade de se compreender os conflitos no contexto em que são produzidos de forma que as fases pré e pós processuais são reintegradas no esforço hermenêutico que permite a decisão. Em outros termos: a Jurimetria converge o Direito e a Estatística (enquanto ciência), sob o pálido de mensurar os fatos sociais que deram origem aos conflitos e, desta forma, antecipar hipóteses e projetar condutas na elaboração das leis, no estabelecimento de políticas públicas, nas estratégias de administração do acervo em uma Vara Judicial, na racionalização das decisões em busca de uma maior eficácia delas já que a concretude do direito se dá em função da decisão que o reconhece.

A estratégia metodológica para organizar os dados assim coligidos se dá pelo uso da Estatística, ciência que possui como objeto de estudo os dados empíricos quantitativamente organizados para possibilitar a identificação de comportamento em um dado conjunto de elementos concretos, como o número de demandas relativas, por exemplo, aos contratos bancários, ao sistema de saúde, ou o volume de processos divididos por classes de demandas e as

ISSN 1679-8902

estratégias que podem ser estabelecidas para decisões equânimes para cada uma delas.

Outro efeito importante é o de deslocar o foco do estudo do Direito da pesquisa qualitativa para a quantitativa e, apenas após compreender, interpretar e modelar os dados fornecidos projetar conclusões qualitativas com relação à natureza da prestação jurisdicional. Assim, a eleição desta ou aquela natureza de demanda – considerada em seu conjunto e não em uma unidade isolada – como a mais relevante para determinado grupo social e quais as políticas públicas necessárias para solucionar os conflitos produzidos nas suas relações materiais e não mais em modelos arbitrariamente estabelecidos.

No atual estágio de desenvolvimento da Jurimetria observa-se a eleição de aspectos processuais (e suas consequências) como o foco de estudo, principalmente por meio das metas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Justiça que visam enfrentar o atraso crônico na solução dos processos que se acumulam no Poder Judiciário.

Contudo, para um Estado, como o de São Paulo, conquanto sejam louváveis os esforços realizados para se atingir as metas propostas pelo CNJ, o fato é que o enfoque continua sendo o trabalho de massa, imposto pelo volume dos processos solucionados um a um, sem que se estanque o conflito social de base que gera tal volume.

Por exemplo, a metodologia de administração dos Cartórios das Serventias Judiciais, pretendem especializar ao máximo cada uma das atividades desenvolvidas na condução do processos. Desta forma estabelecem-se núcleos que desenvolvem na filosofia de um “mutirão” cada uma das fases observadas pelo processo. Portanto, um grupo cuidará da digitação, outro da autuação, outro das juntadas, outro ainda, dos despachos, esquartejando o processo em tantas partes que aquele que o manipula perde a noção do todo, alienando-se do serviço que presta e estranhando-se em relação ao público para o qual atua.

O que se necessita, no momento, é a identificação, por exemplo, dos grandes litigantes da Comarca e qual a natureza das demandas que propõem, identificando ainda o tempo médio de trâmite processual de cada uma delas. Isto feito é possível, não apenas enfrentar os processos que já se encontram em trâmite, mas também desenhar a natureza do conflito social subjacente que leva à disseminação do conflito e atuar com maior eficácia em sua prevenção.

ISSN 1679-8902

Como resultado se alcança o aperfeiçoamento do Direito, quer do ponto de vista teórico, quer do prático.

No item 1 acima foram destacados cinco questões consideradas como importantes para a morosidade da justiça, a saber, o atraso na prestação jurisdicional, o arcaísmo da estrutura, seus custos elevados, a desigualdade de tratamento àqueles formalmente iguais perante a lei e credores do direito a uma decisão tanto justa quanto igual e, por fim, a imprevisibilidade da natureza da prestação jurisdicional.

Enfocando agora estas questões sob a ótica da jurimetria é possível verificar que o levantamento estatístico-matemático permite lançar novas luzes sobre o problema crônico da morosidade do Judiciário. Ao analisar a estrutura, a natureza das demandas e suas origens, o comportamento dos grandes litigantes será possível estabelecer um denominador comum em cada uma destas hipóteses e traçar estratégias que permitam solucionar o problema com eficácia, isto é, com resultados materiais palpáveis e não discussões abstratas intermináveis porque estribadas em um raciocínio lógico-formal alienado da realidade concreta.

Dos impactos da Jurimetria

A Jurimetria possibilita duas consequências. A primeira é o uso destes dados estatísticas capturados na própria massa de processos distribuídos para a melhoria da administração judiciária, criando medidas administrativas mais eficientes e que, a longo prazo, permitam a diminuição do tempo médio de duração do processo. Esta consequência é meramente administrativa, isto é, na organização do Poder Judiciário, não possuindo reflexos sociais além da diminuição do prazo de duração dos processos.

Esta primeira possibilidade ajudaria ainda o Poder Judiciário a dar cumprimento efetivo à Lei de Transparência – Lei Federal 12.527/11 – que determina a disponibilização pública dos dados internos de todos os entes públicos. Transparente não significa somente translúcido (aquele que a luz atravessa), mas também aquele que se faz conhecer, fortalecendo com isso, não só a prestação jurisdicional, mas a democracia brasileira[15].

[15] A democracia também implica prestação de contas e boa governança. O público tem o direito de perquirir os atos de seus líderes e de participar de um debate pleno e aberto sobre tais atos.

ISSN 1679-8902

Trata-se uma revolução tecnológica em curso juntos aos poderes públicos que permitirá através do acesso à informação, a disponibilização não só do conflito social – que será tratado logo a seguir – mas, das práticas de gestão do poder público, permitindo a sociedade, o conhecimento da

---

Precisa ser capaz de avaliar o desempenho do governo, o que depende do acesso à informação sobre o estado da economia, sistemas sociais e outras questões de interesse público. Uma das formas mais eficazes de atacar a má governança, sobretudo com o passar do tempo, é por meio do debate aberto e bem informado. O direito a informação também é uma ferramenta essencial de combate à corrupção e de atos ilícitos no governo. Os jornalistas investigativos e ONGs de monitoramento podem usar o direito de acesso à informação para expor atos ilícitos e ajudar a erradicá-los. Conforme a famosa observação de Louis Brandeis, da Suprema Corte de Justiça dos EUA: "Um pouquinho de luz do sol é o melhor desinfetante." A Transparência Internacional, ONG que atua no combate à corrupção, dedicou um relatório anual inteiro à análise que o papel do acesso a informação pode desempenhar nessa luta. Os analistas, muitas vezes, concentram-se nos aspectos mais políticos do direito a informação, mas ele também serve a uma série de importantes metas sociais. O direito de acesso a informações pessoais, por exemplo, é parte do respeito pela dignidade humana básica, mas pode também ser fundamental para uma efetiva tomada de decisões pessoais. O acesso a prontuários médicos, por exemplo, pode ajudar as pessoas a tomar decisões sobre tratamento, planejamento financeiro etc. Por fim, um aspecto do direito a informação que, não raro é neglicenciado, é o uso desse direito para facilitar práticas comerciais eficazes. Em muitos países, os usuários comerciais são um dos mais expressivos grupos de usuários. Os órgãos públicos abrigam vasta quantidade de informações de todos os tipos, boa parte dos quais está relacionada com assuntos econômicos e pode ser de grande utilidade para as empresas. O direito à informação ajuda a promover a fluidez das informações entre o governo e o setor privado, maximizando assim o potencial para sinergias. Trata-se, pois, de importante benefício da legislação de direito a informação, que ajuda a responder às preocupações de certos governos acerca do custo de implementação dessa legislação. As justificativas da legislação sobre direito a informação aplicam-se igualmente, talvez até com mais força, tanto aos países menos quanto aos mais desenvolvidos. A democracia não é prerrogativa de alguns seletos países, mas um direito dos cidadãos e cidadãs em toda parte. Cada país precisa de freios e contrapesos adequados no exercício do poder público, incluindo o direito à informação e a supervisão
pública autorizada. O direito a informação pode ser bastante eficaz na exposição da corrupção, quando há poucas salvaguardas adicionais, conforme amplamente demonstrado por experiências concretas, na Índia. O direito a informação é mais comumente associado ao direito de pedir e receber informações de órgãos públicos. Trata-se de uma modalidade-chave pela qual o direito é exercido, mas não é a única. A maioria das leis sobre direito a informação atribui uma obrigação aos órgãos públicos de publicar informações de forma proativa ou rotineira, independentemente de requisições específicas. A abrangência disso varia, mas geralmente se estende a informações essenciais sobre seu funcionamento, suas políticas, oportunidades de participação pública em seu trabalho e o modo de pedir informações. A "extração" de informações dessa forma está conquistando reconhecimento crescente como um dos meios mais eficazes de melhorar o acesso a informação sob o controle dos órgãos públicos. Outro aspecto desse direito está começando a surgir aos poucos. Diferentemente dos outros dois aspectos do direito, relacionados às informações já mantidas pelos órgãos públicos, esse terceiro aspecto atribui uma obrigação positiva sobre os Estados para assegurar a disponibilidade de determinadas categorias chave de informações. Por exemplo, a ONG ARTIGO 19 há muito postula que os Estados têm uma obrigação positiva e substantiva de assegurar que o povo tenha acesso a informações sobre as violações aos direitos humanos. O "direito a verdade" também foi reconhecido pelos tribunais internacionais no contexto dos direitos humanos, e adicionalmente no contexto das ameaças ambientais. Isso é de particular importância após um período de graves violações aos direitos humanos, como parte de um compromisso renovado com a democracia e com o respeito aos direitos. Nesses casos, pode não bastar simplesmente fornecer acesso a informação já de posse de órgãos públicos; pode ser necessário ir além: coletar e compilar novas informações para aquilatar a verdade sobre os abusos do passado. A importância atribuída a isso é evidenciada, entre outras coisas, nas comissões da verdade nomeadas em uma série de países." (Mendel, 2009 p. 05).

ISSN 1679-8902

administração do Poder Judiciário, abrindo este poder para inovações administrativas com intuito de aperfeiçoá-lo, criando ainda a longo prazo, a possibilidade de participação popular no processo decisório.

Como coloca Siqueira Neto e Menezes (2012 p. 90):

> "Considerando que a função do Poder Judiciário é a resolução de conflitos na sociedade, os bancos de dados deste poder representam a realidade do conflito social em um país e, a abertura do acesso a tais bancos de dados constitui uma oportunidade ímpar na história do Brasil de, se realizar pesquisa empírica e aplicada sobre, os reais conflitos resolvidos pelo Poder Judiciário.
> Porém, esta oportunidade somente será aproveitada se houver uma mudança de mentalidade dos juristas – talvez a etapa mais difícil da revolução tecnológica – saindo do pensamento meramente teórico, partindo da pressuposição abstrata da lei; passando ao conhecimento a partir da experiência, adquirido através da pesquisa aplicada".

A segunda possibilidade é do uso destas informações obtidas pelo mapeamento do processo, na formulação e no subsídio de avaliação de Políticas Públicas pelo poder competente, no caso, o Poder Executivo.

O Juízes possuem, no atual contexto, um papel relevante nas Políticas Públicas mas, no sentido negativo, de desestruturação da Política Pública. Em que pese posições elogiosas[16] a atuação do Poder Judiciário na concessão de Medidas Judiciais para efetivação de alguns direitos, tais Decisões desestruturam o modelo de Políticas Públicas.

Isto porque, as Políticas Públicas possuem um processo de formação de longo e médio prazo, consistentes nas fases de reconhecimento do problema público; formação de uma agenda pública; formulação da Política Pública em si; processo política de tomada de decisão de implementação da Política Pública; execução da Política Pública; acompanhamento, monitoramento e avaliação da Política Pública e; por fim, a decisão sobre a continuidade, reestruturação ou extinção da Política Pública.

Com todas estas etapas há um tempo natural de formulação da política pública que, o Poder Judiciário altera subitamente com suas Decisões Liminares. Ainda há que se criticar que os argumentos debatidos em cada uma

[16] "No processo de formulação de políticas, o Judiciário pode exercer diferentes papéis, que cumprem determinadas funções, entre as quais: ator com poder de veto, ator com poder de decisão, árbitro imparcial e representante da sociedade. Quando atuam como árbitros, os tribunais atuam assegurando a aplicação efetiva das políticas públicas, como um fiscalizador externo de contratos firmados por terceiros (inclusive contratos inscritos na constituição) e um mediador entre as partes do contrato." (DIAS, MATOS, 2012 p. 50)

ISSN 1679-8902

destas etapas não são levados ao conhecimento do Juiz pela parte interessada em sua Petição Inicial. A Decisão Judicial quebra um ciclo natural de formulação – democrática na maiorias das vezes – da política pública.

Fato mais grave é a disparidade entre a formulação da Decisão Judicial e a formulação da Política Pública. O Juiz, como já trazido ao texto nas citações de Francisco Campos, decide sempre a partir da lógica individual – duelística nas palavras de Campos – não levando em consideração o problema real que está por trás da Política Púbica questionada em Juízo.

As Políticas Públicas necessariamente tratam de Direitos Sociais – aqueles previstos no art. 6º da Constituição Federal e outros ali não expressos – e não direitos individuais, de natureza privada (individual). Problemas como saúde, alimentação, educação, habitação, lazer, dentre outros, são problemas coletivos, que abarcam a totalidade de indivíduos de determinado território (ente político) e não somente àquele indivíduo que entrou com processo judicial.

As Políticas Públicas são feitas para todos e não para um único indivíduo isolado, como acontece na lógica do processo judicial. A Decisão Judicial beneficia o indivíduo isoladamente, como se este fosse desconectado do resto da sociedade em que vive. O Juiz ao decidir não percebe que, ao tratar de Direitos Sociais, está tratando de bens escassos, que não são suficiente para toda a sociedade, motivo pelo qual devem ser racionalizados – este o objetivo principal das Políticas Públicas.

A Decisão Judicial retira um direito social de um, para ser atribuído a outro, que é aquele que entrou com o processo judicial. Imagine a situação de uma Juiz que concede Medida Liminar determinando a internação de um paciente em um leito de UTI mas, todos os leitos de UTI da cidade estão lotados. O Juiz deveria decidir também qual dos pacientes internados deverá ser retirado da UTI para a internação daquele que entrou com a ação judicial.

O exemplo é esdrúxulo, embora tenha notícias que aconteceu caso análogo em Fortaleza/CE mas é o que ocorre nas Decisões Judiciais que, ao invés de auxiliar as Políticas Públicas acabam por desestruturá-las, especialmente no aspecto orçamentário. Os custos de execução de Políticas Públicas são incluídas na lei orçamentária um ano antes desta execução e, a Decisão Judicial, de cumprimento imediato, acaba por levar, na quase totalidade dos casos, aos descumprimento da lei orçamentária, levado os entes

ISSN 1679-8902

federados a criarem solução absurdas, como incluir no orçamento previsão para despesas com Medidas Liminares.

A Jurimetria inverte esta lógica perversa. Com ela, é possível analisar cientificamente, com auxílio da Estatística, qual o impacto das decisões judiciais nas Políticas Públicas sendo, os dados existentes dentro do Poder Judiciário, um forte indicador na etapa de avaliação das Políticas Públicas.

Considerações Finais

As considerações feitas ao longo deste artigo procuraram, em primeiro lugar, realizar um levantamento dos problemas que mais afligem a atividade jurisdicional ao mesmo tempo em que procura apontar aspectos relevantes que removam o Poder Judiciário do isolamento institucional em que se encontra, raiz da crise de credibilidade que enfrenta.

Portanto, procurou-se discernir dois campos nos quais a Jurimetria teria de imediato importante contribuição a fornecer à prestação jurisdicional. No primeiro, enfoca-se uma questão de gestão, isto é, como é possível fazer frente ao acervo existente e como é possível emprestar melhor racionalidade aos serviços forenses. Não basta para tanto reduzir numericamente o número de feitos, mas é necessário mais: impõe-se a identificação proporcional das demandas em andamento, o levantamento das suas vicissitudes mais comuns e o estabelecimento de estratégia única para a condução das demandas em função do direito que se discute. É preciso, igualmente, identificar os maiores litigantes, e desenhar suas estratégias de ação, selecionando o que de útil elas oferecem, preservando, ao mesmo tempo coibindo as demandas aventureiras e desnecessárias. Por fim, se impõe determinar o tempo médio de duração dos processos e procurar uniformizar a condução no menor tempo possível.

Este primeiro campo se dá ao interno do Poder Judiciário. O segundo campo é externo a ele e diz respeito às políticas públicas necessárias à superação dos conflitos sociais nas demais esferas de Poder do Estado, promovendo projetos de lei, bem como ações administrativas que possibilitariam a minoração dos problemas enfrentados pelo Judiciário.

Se a expressão constitucional no sentido de que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si (art. 2º da Constituição Federal) significa alguma coisa, isto quer dizer que a jurimetria é poderoso

ISSN 1679-8902

instrumento para extrair o Poder Judiciário do autismo em que se encontra em razão de seu desmesurado fetichismo legal.

De fato, o recurso aos dados quantitativos de análise fornecerá novo alento aos dados qualitativos nos quais a compreensão do direito se encontra encerrada até os dias atuais, fazendo desta ciência verdadeiramente um instrumento de transformação social.

Estas possibilidades criadas pela Jurimetria são potencializadas quase ao infinito se a analisarmos pelo enfoque da Lei de Transparência Pública – Lei 12.527/11 – que obriga todos os entre públicos, inclusive o Poder Judiciário. O resultado é que a Jurimetria será utilizada como elemento catalizador na relação entre Informação e Transparência Pública, resultando a longo prazo, no aumento da participação popular no processo decisório, tornando este Poder mais próximo da realidade e da população.

Com isso, será possível inverter a lógica de atuação do Poder Judiciário como elemento de atravancamento da implementação de Políticas Públicas e desconstrução dos Direitos Sociais.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. F.; **Responsabilidade Objetiva do Estado pela Morosidade da Justiça.** Campinas: Copolla. 1999.

BOBBIO, N.; **Teoria Generale del Diritto**. Turim: G. Giappichelli Editore. 1993.

CAMPOS, F.; **O Estado Nacional**. Brasília: Senado Federal. 2001

CERDEIRA, P.; **Judiciário levará 30 anos para dar conta da demanda**. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://adepar.wordpress.com./category/jurimetria>. Acesso em: 22 dez. 2.012.

COELHO, F. U.; NUNES, Marcelo . Jornal Valor Econômico. Disponível em: <http://ronaldsharp.bogspot.com./2010/08/jurimetria.html>. Acesso em: 22 dez. 2.012.

DIAS, R.; MATOS, F.; **Políticas Públicas – Princípios, Propósitos e Processos.** São Paulo: Atlas. 2012.

FARIA, J. E.; **Justiça e Conflito.** São Paulo: RT.1991

FARIA, J. E.; **A Crise do Poder Judiciário no Brasil.** Revista Justiça e Democracia. nº. 1 (São Paulo: Associação dos Juízes para a Democracia) 07-64, 1996.

FARIA, J. E.; **Direito e conjuntura**. Série GV Law, 2ª edição, 2ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, T. S.; **Introdução ao Estudo do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Atlas. 2008.

FRANK, J.; **Derecho e Incertidumbre**. Cidade do México: Ediciones Fontamara. 1991.

HADDAD, R. N.; A **Motivação das Decisões Judiciais e a Jurimetria: contribuições possíveis**. Anais do XIX Conpedi, Fortaleza, 3927-3935. 2010.

ISSN 1679-8902

MENDEL, T.; **Liberdade de Informação – Um Estudo de Direito Comparado**. 2ª ed. Brasília: Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura.2001.
NIETO, A.; **El Desgobierno Judicial** 3ª ed. Madri: Ediciones Trotta. 2005.
NIETO, A.; **El Malestar de los Jueces y el Modelo Judicia**. Madri: Ediciones Trotta. 2010.
POSNER, R. A.; **Para Além do Direito**. São Paulo: Martins Fontes. 2009.
POSNER, R. A.; **A Economia da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes. 2010.
SERRA , M. M. P.; *in* "**Como utilizar elementos da Estatística Descritiva na Jurimetria**", artigo inédito.
SIQUEIRA NETO, J. F.; MENEZES, D. F. N.; A Possibilidade de Uso das Informações Judiciárias pela Lei da Transparência. Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico. n° 7 (Florianópolis: UFSC) p. 75-94. 2012.

Sobre os Autores

Cassio Modenesi Barbosa: Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1985), mestrado em Filosofia Teoria Geral Direito pela Universidade de São Paulo (1998) e doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2008). Atualmente é professor da Faculdade de Jaguariúna.

Daniel Francisco Nagão Menezes: Advogado. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas (2002), especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil, ambos pela PUC-Campinas e, em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestrado em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2008). Atualmente é doutorando em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie. Professor Universitário da Universidade Presbiteriana Mackenzie, *campus* Campinas.

ISSN 1679-8902

PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA
Early Criminal Limitation

FERREIRA, Alexandre Soares
Faculdade Max Planck

RESUMO: A pesquisa tem como escopo a discussão sobre a possibilidade de se reconhecer antecipadamente à ocorrência de prescrição de um ilícito penal. Em primeiro plano, estudar-se-á o instituto da prescrição penal, resgatando o seu surgimento, sua atual conceituação, natureza jurídica, fundamentos e as diversas espécies do instituto, tudo a fim de introduzir o leitor no contexto do trabalho. Depois, a explanação gira em torno da prescrição penal antecipada e a constatação de ausência de norma que autorize expressamente sua aplicação. De outra banda, procura-se analisar o instituto frente aos princípios basilares do direito processual, como a economia, a celeridade e o interesse de agir, objetivando verificar a possibilidade de sua aplicação em consonância com os princípios que regem nosso ordenamento. E, sendo possível esse ambiente, o Magistrado, analisando as condições jurídicas do indiciado, certificando-se tratar de réu primário, possuidor de bons antecedentes, e que os fatos imputados a este apontam tipo penal livre de qualificadoras ou circunstâncias que poderiam agravar a reprimenda, poderá adotar a pena mínima prevista no tipo penal como sendo a máxima em abstrato, para o caso em concreto, possibilitando o reconhecimento da prescrição antecipada, que evitaria o constrangimento desnecessário ao réu, contribuindo para a celeridade dos feitos que realmente mereçam atenção do Judiciário. A pesquisa, em razão das divergências doutrinárias e judiciais, procura, ainda, analisar o fator utilidade, quando se emprega todo o aparato judicial até que se tenha um provimento definitivo, onde, e somente aí, se poderá reconhecer a prescrição já ocorrida, que doutrinariamente se denomina de retroativa.

Palavras chaves: Extinção da punibilidade – Prescrição – Prescrição antecipada.

ABSTRACT: The search is scoped to the discussion on the possibility of identifying in advance the occurrence of prescribing a criminal offense. In the foreground, the institute criminal will study whether limitation - rescuing its emergence, its current conceptualization, legal, grounds and several species of the institute, all in order to introduce the reader in the work context . Then the explanation revolves around the anticipated criminal limitation and finding the absence of regulation that expressly authorizes your application. Another band, we try to analyze the institute against the basic principles of procedural law, such as the economy, expediency and interest to act in order to verify the possibility of their application in accordance with the principles that govern our land. And it is possible that environment , the Magistrate , analyzing the legal conditions of the accused , making sure to treat primary defendant , possessed of a good record , and that the facts alleged in this type of criminal point free qualifier or circumstances that could aggravate the reprimand , may adopt the minimum sentence under the criminal type as the maximum in the abstract, for the particular case , allowing the recognition of prior prescription , which would avoid unnecessary embarrassment to the defendant , contributing to the speed

ISSN 1679-8902

of feats that truly deserve the attention of the Judiciary . The research , because of doctrinal differences and court seeks further analyze the usefulness factor when employing the entire judicial system until they have a permanent appointment , where , and only then , if you can recognize the prescription has already occurred , which doctrinally is called retroactive .

KEYWORDS: Extinction of criminal liability; Limitation; Early Limitation

INTRODUÇÃO

A prescrição tem importância real e concreta para o direito porque guarda com esta ciência íntima relação de garantia individual e desenvolvimento social, por este motivo é considerada matéria de ordem publica.

No direito penal sua existência e segurança são aceitas de forma irrestrita, tanto para extinguir a punibilidade antes quanto depois da sentença penal condenatória.

Recentemente, a doutrina e jurisprudência têm contemplado um novo instituto denominado prescrição virtual ou antecipada da pena em perspectiva que tem sido alvo de várias discussões e discórdias o que justifica e estimula seu estudo mais aprofundado.

A problemática em torno do tema envolve questões de grande relevância, especialmente as questões de ordem pública abordadas a fundo no presente trabalho como o direito de ação, o direito de punir do Estado, as condições da ação e os princípios Constitucionais inerentes ao tema, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana.

O trabalho é dividido em duas partes, a primeira destinada ao instituto da prescrição, abordando seu contexto histórico, o direito de punir do Estado e suas limitações, seu conceito, fundamentos, espécies, e sua aplicabilidade.

A segunda parte destina-se exclusivamente ao novel instituto, trazendo seus conceitos, requisitos, controvérsias e contrapondo-o com os princípios gerais de direito, expondo os argumentos favoráveis e contrários ao instituto, antepondo logicamente as posições antagônicas.

Durante a pesquisa, utilizamos o estudo comparado da bibliografia, abrangendo obras doutrinárias e de pesquisa, teses, artigos e periódicos científicos e diversos entendimentos jurisprudenciais.

ISSN 1679-8902

Destarte, o método utilizado foi o de compilação, trazendo a colação o pensamento dos principais autores que investigam o tema, de modo dialético.

Ao final, baseado nas pesquisas realizadas, na analise das condições da ação, especialmente do interesse processual consubstanciado na justa causa para instauração da ação penal e nos princípios gerais de direito, expomos nossa conclusão sobre a aplicabilidade do instituto da prescrição penal retroativa antecipada no direito pátrio, e obviamente as razões do nosso convencimento.

I. DA PRESCRIÇÃO PENAL

1.1 Direito de punir e punibilidade

Antes de conceituarmos prescrição penal, cumpre-nos analisar a punibilidade e o direito de punir do Estado, haja vista que a prescrição penal incidirá diretamente sobre estes.

O homem, em seu estado natural, é de uma ferocidade instintiva que obsta a convivência pacífica com seus iguais. Decorre deste pensamento à máxima de Hobbes: O "homem é o lobo do homem". Devido a isso, os homens realizaram um pacto voluntário constituindo o Estado e entregando a este o monopólio da justiça punitiva. Trata-se da teoria do contrato social, com gênese remota na filosofia dos sofistas, desenvolvida através de Emmanuel Kant, Hobbes, Locke e atingindo sua máxima expressão com o genial filósofo Jean Jacques Rousseau[1].

Com o monopólio da justiça, o Estado passou a editar normas para regular a convivência pacífica entre os homens, dentre elas, a norma penal incriminadora.

Tal norma, cria para o Estado, seu único titular, o direito de punir abstrato, nascendo para este o direito de exigir que os cidadãos não cometam o fato descrito na norma.

Cometida a infração penal, o direito de punir que era abstrato, passa a ser concreto que, na visão de José Julio Lozano Jr. "é o direito que tem o

[1] MALUF, S.; **Teoria Geral do Estado**. *Passim.*

ISSN 1679-8902

Estado de punir aquele que praticou uma conduta descrita como criminosa na lei penal anteriormente criada".[2]

A possibilidade jurídica de imposição da sanção pelo Estado, ao autor do ilícito penal é, na lição de Antolisei, a definição de punibilidade.[3]

Observa Damásio que a punibilidade é a conseqüência jurídica da prática delituosa, sendo apenas seu efeito jurídico e como tal, não se confunde com elemento ou requisito do crime, tanto é que sua ausência salvo nos casos de *abolitio criminis* e anistia, não apaga a infração penal.[4]

Nesta mesma seara o pensamento de Magalhães Noronha, para quem a "punibilidade é uma conseqüência do crime e não pode, portanto, considerar-se como seu elemento".[5]

Imperioso observar que o cometimento de um delito nem sempre é suficiente para determinar a punibilidade respectiva, haja vista que a aplicação da pena depende da existência de outros pressupostos ou circunstâncias conhecidos como condições objetivas de punibilidade e fundamentos excludentes da pena.

Juarez Cirino dos Santos, *apud* Jawsnicker, traça a seguinte definição: "condições objetivas de punibilidade consistem em determinados requisitos ou certos resultados cuja existência objetiva condiciona a punibilidade da ação típica, antijurídica e culpável"[6].

Normalmente, a punibilidade se extingue com o cumprimento da pena imposta ao infrator. Entretanto, existem situações que determinam a extinção da punibilidade antes que o Estado tenha a oportunidade de exercer o direito concreto de punir, são as chamadas causas extintivas de punibilidade que na legislação pátria estão previstas no art. 107 do Código Penal, *in verbis*:

> "Art. 107 - Extingue-se a punibilidade:
> I - pela morte do agente;
> II - pela anistia, graça ou indulto;
> III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

[2] LOZANO JUNIOR, J. J.; **Prescrição Penal,** p.6.
[3] JESUS, D. E.; **Prescrição Penal,** p.3.
[4] Ibid. mesma página.
[5] NORONHA, E. M.; **Direito Penal**, v. 1, p. 332.
[6] JAWSNICKER, F. A.; **Prescrição Penal Antecipada,** p. 29.

ISSN 1679-8902

> IV - pela prescrição, decadência ou perempção;
> V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada;
> VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite;
> VII – revogado;
> VIII – revogado;
> IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei."

Passaremos agora a estudar a prescrição, elencada no inciso IV do artigo epigrafado e objeto central deste trabalho.

1.2 Conceito e natureza jurídica da prescrição

Existe controvérsia doutrinária a respeito do conceito de prescrição, alguns penalistas conceituam-na como a renúncia ao direito de punir, enquanto outros a definem como a perda do direito de punir.

Na visão de Bento de Faria:

> "A prescrição penal consiste na extinção da responsabilidade por motivo de transcurso de certo tempo em determinadas condições, sem que se promova a repressão do delito e sem que a pena seja executada. É, portanto, a extinção do direito de processar o delinqüente, ou de aplicar-lhe a pena judicialmente decretada, devido a sua inexecução durante certo lapso de tempo. Representa a **renúncia** do Estado ao efetivo poder de punir.[7]" (grifo do autor)

Já na visão de Damásio "prescrição penal é a perda do poder-dever de punir do Estado pelo não exercício da pretensão punitiva ou da pretensão executória durante certo tempo"[8].

Atualmente o entendimento de Damásio é o consagrado na doutrina, compartilhando da mesma idéia Luis Régis Prado[9], Julio Fabbrini Mirabete[10], Antonio Lopes Baltazar[11] e Celso Delmanto[12].

Existe controvérsia ainda quanto à natureza jurídica da prescrição. Parte da doutrina entende que a prescrição é instituto de direito processual, pois constitui óbice ao inicio ou prosseguimento da persecução criminal.

Em sentido oposto, alguns doutrinadores consideram a prescrição instituto de direito material que extingue o poder de punir do Estado. Há ainda

[7] FARIA, B.; **Código Penal Brasileiro,** V. 2, p. 258.
[8] JESUS, D. E.; op. cit. P.17.
[9] PRADO, L. R.; **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral,** p.641.
[10] MIRABETE, F.; **Manual de Direito Penal,** p. 401.
[11] BALTAZAR, A. L.; **Prescrição Penal,** p. 13.
[12] DELAMANTO, C.; **Código Penal Comentado,** p. 215.

ISSN 1679-8902

aqueles que consideram a prescrição instituto misto, ou seja, tanto de direito penal quanto material.

No direito pátrio, a melhor doutrina considera a natureza jurídica da prescrição como penal, por ser causa extintiva da punibilidade e ocorrer antes mesmo de se formar a relação processual.[13]

1.2.1 Fundamentos da prescrição penal

Observa Damásio que a prescrição, em nossa legislação tem tríplice fundamento: O decurso do tempo, a correção do condenado e a negligência da autoridade.[14]

Pelo transcurso do tempo leva-se em conta a inexistência do interesse do Estado em apurar um fato ocorrido há muitos anos, a teoria da prova, com é conhecida, sustenta que com o passar do tempo, fica difícil para o Estado apurar o fato, pois ocorre a perda da substância da prova, prejudicando assim a possibilidade de uma sentença justa.

A correção do condenado, também conhecida como teoria da readaptação social sustenta que o transcurso do tempo sem a reiteração de qualquer prática criminosa presume a reintegração social do agente, desaparecendo a razão para qualquer reprimenda, visto que a função da pena é a ressocialização do sujeito.

A prescrição seria ainda na visão de Damásio, um castigo à negligência da autoridade, que dispõe de diversos meios legais para a interrupção e suspensão do prazo prescricional, não podendo se premiar sua inércia.

Na visão de Ricardo Teixeira de Lemos, ainda temos três teorias a ser consideradas: Teoria do esquecimento, teoria da expiação moral e a teoria psicológica.[15]

A primeira teoria defendida por Lemos e por diversos Juristas de renome, sustenta que com o tempo, tanto a sociedade quanto o agente esquecem do crime, desaparecendo, assim, o alarme social e o interesse na punição, não tendo a pena mais qualquer objetivo.

[13] Cf. BALTAZAR, A. L.; Cf. DAMÁSIO. J.; Cf. JAWSNICKER, F. A.; Cf. DELMANTO, C.
[14] Ibid., p.18.
[15] LEMOS, R. T.; **Prescrição penal retroativa e antecipada,** p.53-57.

ISSN 1679-8902

Pela teoria da expiação moral presume-se que o agente, com o decurso do tempo, tenha expiado sua culpa, em face do sofrimento moral decorrente do remorso provocado pelo cometimento do crime.

Por derradeiro, a teoria psicológica nos remete a idéia de que com o passar do tempo, o nexo psicológico entre o fato e o agente desaparece, perdendo valor qualquer punição aplicada, pois, o crime não estará presente nem no espírito do réu nem da sociedade.[16]

1.3 A prescrição penal na história

A prescrição da pretensão punitiva tem origem no Direito Romano, mais precisamente no ano 18 a.C. na *lex Julia de adulteris* que fixava o prazo de cinco anos para a prescrição dos crimes de adultério, estupro e lenocínio.

Explica Garroud que o limite de cinco anos foi estabelecido em função das festas lustrais, o que pode significar que os romanos tinham no conceito de prescrição a idéia de perdão, pois era isso que as aparatosas cerimônias simbolizavam[17].

O Direito Romano serviu de inspiração para as legislações posteriores, de forma que gradativamente a prescrição da pretensão punitiva foi admitida no Direito Alemão e de outros países, ressalvados sempre os casos de imprescritibilidade.

A prescrição da pretensão executória tem história bem mais recente, tendo sido introduzida na França em 1791 em decorrência de revolução francesa. Outros países em seguida adotaram essa espécie de prescrição,

Atualmente, a maioria das legislações admite tanto a prescrição da pretensão punitiva quanto a prescrição da pretensão executória, esta ultima porem ainda é repelida em alguns países, como na Inglaterra..[18]

No Brasil também se denota a gradativa evolução do instituto da prescrição. O Código Criminal de 1830 estabelecia expressamente a não prescrição das penas, contemplando somente a prescrição da ação, que variava conforme o crime, sendo menor o prazo para os crimes afiançáveis e outro, mais dilatado, tratando-se de crimes inafiançáveis.

[16] Cf. JAWSNICKER, F. A.
[17] Garraud, **Traité du Droit Penal,** apud Hungria, Nelson, **Comentários ao Código Penal**, p. 214
[18] Cf. Hungria, N.; Cf. JAWSNICKER, F. A.

ISSN 1679-8902

Cumpre observar uma curiosidade contemplada neste diploma legal quanto

A prescrição do crime afiançável, que só se operava quando o criminoso ausente estivesse em lugar sabido, dentro do território nacional.

Nota-se facilmente a idéia geral da prescrição em castigar o Estado de sua desídia e descuido que não pôde punir o criminoso porque não agiu dentro de um tempo limite, apesar de conhecer seu paradeiro. Essa vinculação da prescrição ao paradeiro sabido do acusado só foi afastada com o advento do dec. n. º 774, de 20 de setembro de 1890, onde não mais se cogitava dessa circunstância.

Posteriormente, o Código Penal de 1890 admitiu a prescrição da ação e da pena, subordinando-as aos mesmos prazos, conceitos e regras que se encontram abarcados por nossa legislação até os dias atuais.

1.4 Espécies de prescrição

Quando ocorre um ilícito penal, nasce para o Estado o direito de punir. O exercício deste direito é limitado pela prescrição, que pode ocorrer em dois momentos. Num primeiro momento, existe um limite temporal para o Estado obter uma sentença penal condenatória através do devido processo legal. Num segundo momento, obtida a sentença penal condenatória, há um limite temporal para o Estado executá-la. Neste temos o *ius punitionis*; naquele o *ius puniendi.*

Cezar Roberto Bittencourt ensina que da distinção entre *ius puniendi* e *ius punitionis* decorre a classificação da prescrição penal em prescrição da pretensão punitiva e prescrição da pretensão executória[19].

Eis, portanto, as duas as espécies de prescrição penal que passaremos a estudar.

Ressalte-se que a prescrição da pretensão punitiva divide-se em prescrição abstrata, intercorrente e retroativa. Encontra-se, ainda nessa espécie, a prescrição penal antecipada, que é o objeto desta pesquisa.

[19] BITENCOURT apud JAWSNICKER, F. A.; **Prescrição Penal Antecipada,** p. 44.

ISSN 1679-8902

1.4.1.1 Prescrição da pretensão punitiva

A prescrição da pretensão punitiva, também conhecida como prescrição da ação[20] opera antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, nos termos do artigo 109 do Código Penal, *in verbis:*

> "Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
> I - em 20 (vinte) anos, se o máximo da pena é superior a 12;
> II - em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);
> III - em 12 (doze) anos, se o máximo da pena é superior a 4 (quatro) anos e não excede a 8 (oito);
> IV - em 8 (oito) anos, se o máximo da pena é superior a 2 (dois) anos e não excede a 4 (quatro);
> V - em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);
> VI - em 2 (dois) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano.
> Parágrafo único - Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade."

Conforme de verifica no artigo epigrafado, num primeiro momento o legislador optou por regular a prescrição da pretensão punitiva pela pena máxima cominada para a infração penal, que se denomina prescrição abstrata, primeira subespécie da prescrição da pretensão punitiva.

Celso Delmanto observa que "é da própria natureza da prescrição que deve ela ser proporcional ao crime, de maneira que os mais leves prescrevam em menor lapso e os mais graves em maior espaço de tempo[21]"

Para que essa proporção se aproximasse mais do conceito de justo, deveria ela corresponder á pena efetivamente aplicada, todavia, como antes da ação penal não se pode saber qual será essa pena, o legislador teve que se valer da pena máxima prevista abstratamente para o crime, como parâmetro da prescrição. Na prática acreditamos que a prescrição abstrata é raramente aplicada.

[20] A melhor doutrina, como DAMÁSIO, DELMANTO, MIRABETE, considera imprópria essa denominação, por entender que a prescrição atinge diretamente a pretensão punitiva e não o direito de ação.
[21] DELMANTO, C.; **Código Penal Comentado,** p. 216.

ISSN 1679-8902

Geralmente, ocorre o fenômeno da prescrição após a prolação da sentença, haja vista que na maioria das vezes o infrator não é condenado à pena máxima anteriormente prevista, diminuindo assim o prazo prescricional agora calculado pela pena fixada em concreto, que é a segunda subespécie da prescrição da pretensão punitiva, qual seja: A prescrição superveniente, prevista no artigo 110, § 1º do Código Penal, *in verbis:*

> "Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.
> § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada."

A prescrição superveniente, também conhecida como intercorrente, dar-se-á antes do transito em julgado da sentença e pela pena efetivamente aplicada, sendo possível em duas hipóteses: No primeiro caso ocorrerá quando houver transito em julgado da sentença só para a acusação, nesse caso houve sentença condenatória e a acusação conformada com esta, não recorreu. Todavia, o acusado recorreu, logo a decisão não é definitiva, contudo independentemente do resultado do recurso, a pena não poderá ser majorada por força do princípio que veda a *reformatio in pejus*, logo a pena aplicada, embora não definitiva, será a pena máxima que poderá ser cominada ao réu.

A segunda hipótese será depois do improvimento do recurso da acusação, neste caso a acusação recorreu buscando a majoração da pena sem alcançar sucesso. Valerá para calculo da prescrição a pena aplicada em primeira instancia sendo necessário ainda observar se o prazo entre a sentença de primeiro grau e o acórdão superior não extrapola o limite prescricional. Imperioso afirmar que ainda que seja dado provimento à apelação da acusação, majorando-se a pena, não se alterará o prazo prescricional se o aumento da pena não for suficiente para alterá-lo.

Por derradeiro temos a prescrição retroativa, terceira subespécie da prescrição da pretensão punitiva, modalidade que mais de aproxima do objeto deste trabalho e que encontra-se prevista no parágrafo segundo do artigo 110 do Código Penal que estatuí que a prescrição prevista no parágrafo anterior (pela pena em concreto) poderá ter como termo inicial data anterior a do recebimento da denuncia ou queixa.

ISSN 1679-8902

Essa modalidade de prescrição, a exemplo do que ocorre com a superveniente, baseia-se pela pena em concreto, porém existe entre as duas uma diferença fundamental conforme nos ensina Celso Delmanto o prazo da prescrição retroativa não é contado para frente, como na prescrição superveniente, mas é contado para trás, para o passado (regressivamente) razão pela qual se chama retroativa.[22]

A evolução da prescrição retroativa deu-se de maneira vagarosa. Decorreu basicamente da Súmula 146 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: "A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação".

Júlio Fabrini Mirabete nos explica a evolução desta modalidade de prescrição:

> "Desde a época da edição da Súmula 146 entendeu-se que, aplicada a pena e não havendo recurso da acusação, servia de base para o cálculo da prescrição referente aos prazos anteriores à própria sentença, no que se denominou de prescrição retroativa. Até a Lei n.º 6.416/77 a prescrição retroativa atingia a pretensão punitiva; depois dela passou a referir-se à pretensão executória da pena principal. Com a Lei n.º 7.209/84, deu-se a essa espécie de prescrição maior amplitude, determinando-se expressamente que a prescrição, com base na pena em concreto e atingindo a pretensão punitiva, 'pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa' (art. 110, § 2º, do CP). Assim, não havendo recurso da acusação, ocorre à prescrição da pretensão punitiva, com fundamento no prazo calculado sobre a pena aplicada, se decorreu esse prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia, ou entre esta e a data da sentença condenatória[23]."

O fundamento da prescrição penal retroativa é o princípio da pena justa[24]. A pena concreta, isto é, a prolatada na sentença sempre foi a correta e ponderada para o acusado. Todavia ela não se mostrava clara e viva porque ainda não havia sido analisada a culpabilidade do agente. Depois de fixada e apreciada chegou-se à verdadeira dose certa de pena que deve ser aplicada ao réu, e juntamente com ela, o seu respectivo e correto prazo prescricional. Por exemplo, as causas de diminuição de pena, que podem diminuir e

[22] DELMANTO, Celso. Op. cit. P.226.
[23] MIRABETE F.; **Manual de Direito Penal,** p. 412.
[24] Cf. HUNGRIA, N.

ISSN 1679-8902

influenciar o prazo prescricional, só são reconhecidas na sentença. Ora, estas circunstâncias são fundamentais para a aplicação correta da pena. Quando o cálculo da prescrição recai sobre da pena abstrata do crime não se observa este direito e circunstância do próprio crime. Logo, o cálculo pela pena aplicada possibilita esta verdadeira análise das circunstâncias do crime e justa aplicação da pena.

Exemplo: Um agente comete um crime cuja pena mínima é de 06 (seis) meses e a pena máxima é de 02 (dois) anos. O fato ocorreu em 13 de Março de 2000 e a denúncia foi oferecida em 13 de Abril de 2002. Portanto não havia ocorrido

prescrição, uma vez que ela ocorreria em 04 (quatro anos), ou seja, em 13 de Março de 2006. Quando da sentença condenatória, o juiz aplicou pena mínima, cuja prescrição dá-se em 02 (dois) anos. Em havendo trânsito em julgado para a acusação, torna-se imperioso reconhecer que houve prescrição entre a data do fato e o oferecimento da denúncia, eis que neste interregno fluiu mais de 02 anos.

A configuração da prescrição retroativa está vinculada à presença de certos requisitos, quais sejam: Exigência de uma decisão condenatória de primeiro ou segundo grau e necessidade que a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação ou que tenha sido improvido seu recurso. Não se exige recurso do réu nem intimação da sentença condenatória[25].

Uma vez caracterizada a prescrição retroativa, a condenação é rescindida ou desconstituída, servindo somente para a marcação da quantidade da pena justa, que serviu para a aferição da prescrição. Ressalte-se que esta sentença não teria na verdade capacidade de gerar o efeito da pretensão punitiva que foi extinta antes de sua publicação.

Existe posição no sentido de ser vedado ao juiz que proferiu a sentença condenatória declarar a extinção da punibilidade do agente por prescrição retroativa por ter ele encerrado sua atividade jurisdicional. Todavia, o entendimento majoritário é em sentido contrário, baseado principalmente na

[25] Cf. JESUS, D. E.

ISSN 1679-8902

economia processual, conforme julgado do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo a seguir transcrito:

> "PRESCRIÇÃO RETROATIVA - Reconhecimento pelo juiz de primeiro grau de jurisdição - Possibilidade - Medida que implica em economia processual – Entendimento A teor do artigo 61, "caput", do CPP, nada impede que, após a prolação da sentença condenatória, o juiz que presidiu o processo de conhecimento reconheça a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa, extinguindo a punibilidade do sentenciado, o que, tendo em vista o perecimento do jus puniendi estatal, constitui medida de economia processual.[26]"

1.4.1.2 Prescrição da pretensão executória

O artigo 110 do Código Penal preceitua que a prescrição depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória regulam-se pela pena aplicada em concreto.

Este dispositivo, regula a prescrição da pretensão executória, Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, a prescrição é calculada levando em conta a pena concretamente aplicada, Tal pena deve ser enquadrada em um dos incisos do art. 109 para a definição do prazo prescricional para execução da mesma[27]

Delmanto observa que "nesta prescrição a condenação se tornou definitiva tanto para a condenação quanto para a defesa. Como já conhecida à pena concreta aplicada ao acusado, será ela que servirá para regular o prazo prescricional e não mais o máximo da pena abstratamente prevista em lei para o crime[28]"

A prescrição da pretensão executória surtirá efeito apenas na execução da pena, subsistindo os demais efeitos da sentença condenatória.

Este tipo de prescrição admite uma dilatação do prazo prescricional, será no caso de reincidência, ocasião em que os prazos serão aumentados em um terço. Todavia, a reincidência deverá ser anterior a condenação e sua

[26] TACrimSP - RSE nº 888.051 - 13ª Câm. - Rel. Juiz Roberto Mortari
[27] Cf. BALTAZAR, A. L.; Cf. JAWSNICKER, F. A.
[28] DELAMANTO, C.; Op. Cit. P.224.

ISSN 1679-8902

existência deve ser reconhecida na sentença para que seja possível a efetiva majoração. Houve um tempo em que se discutiu se esta majoração se aplicaria também na prescrição da pretensão punitiva, restando pacificada a posição que a reincidência só influi na prescrição da pretensão executória, sendo o assunto objeto da súmula 220 do STJ, *in verbis* "A reincidência não influi no prazo de prescrição da pretensão punitiva.".

1.4.1.3 Termo inicial da prescrição da pretensão punitiva e executória.

Neste particular, apenas o texto legal é suficiente para demonstrar o termo inicial de contagem nas duas espécies de prescrição. A redação dos artigos 111 e 112 do Código Penal tratam claramente a questão:

> "Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
> I - do dia em que o crime se consumou;
> II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
> III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
> IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido."
>
> "Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:
> I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;
> II - do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena."

1.5 Causas de redução do prazo prescricional

O Artigo 115 do Codex Penal pátrio reduz os prazos prescricionais para o menor de 21 anos e maiores de setenta, vejamos:

> "Art. 115 - São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos."

ISSN 1679-8902

Com o advento do novo Código Civil, alguns autores defendem que o dispositivo epigrafado deveria ser revisto, haja vista que a maioridade foi reduzida para 18 anos no *novel* dispositivo legal.

Nesse sentido, o DD Procurador da República Marcus Vinícius de Viveiro Dias afirma que "não é mais aceitável que os réus menores de 21 (vinte e um) anos tenham o prazo prescricional reduzido de metade", defendendo que "sob a égide do antigo Código Civil as pessoas menores de 21 anos e maiores de 16 anos, eram consideradas relativamente incapazes (art. 6º) e, por isso, ganharam tratamento privilegiado na órbita penal, justamente com a incidência de normas protecionistas.", porém, "com o novel diploma civil tal protecionismo perdeu qualquer sentido." Não havendo "qualquer razão para distinção entre os réus maiores de 21 e os menores de 21, já que a idade que deve figurar como "fiel da balança" é a de 18 anos"[29].

Luiz Flávio Gomes discorda desse entendimento, afirmando que:

> "No que concerne ao Direito penal e ao ECA, entretanto, praticamente nenhum efeito derrogatório deriva da nova maioridade fixada pelo Código civil. Porque o fundamento da atenuante da menoridade penal (até 21 anos - CP, art. 65, I) é outro (é a imaturidade do agente para suportar, tanto quanto os adultos, os efeitos da pena, sobretudo de prisão). Do mesmo modo, o fundamento de se submeter o ex-menor (o jovem-adulto), até aos 21 anos, às medidas do ECA, não estava na sua relativa incapacidade para a prática de atos civis, senão na necessidade de recuperá-lo (para a convivência em sociedade) assim como de intimidar (ou desestimular) os potenciais autores de atos infracionais.[30]"

1.6 Causas suspensivas e interruptivas da prescrição

As causas suspensivas da contagem do prazo prescricional são aquelas que fazem a contagem recomeçar a partir do tempo em que se

[29] DIAS, M. V. V.; **Alguns reflexos do novo código civil no âmbito penal.** Disponível em: <http://www.folha.com.br/folha/cotidiano/ult95u66399.shtml> acesso em 20 mai 2006.
[30] GOMES, L. F.; **Maioridade civil e as medidas do ECA**. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2003/FEVEREIRO/0702/ARTIGOS/A02.htm> Acesso em 20 mai 2006.

ISSN 1679-8902

encontrava quando suspensa. São previstas pelo próprio Código Penal em seu artigo 116 e em leis esparsas. São elas:

a) Enquanto não resolvida em outro processo, questão de que dependa o conhecimento da existência do crime, por exemplo a discussão na esfera cível sobre a inexistência do casamento anterior, o que poderá descaracterizar o crime de bigamia.

b) Enquanto o agente cumpre pena no estrangeiro.

c) Durante o período de suspensão condicional do processo, nos termos do artigo 89 da Lei n.º9099/95. Nos crime cuja pena mínima não seja superior a um ano, o Ministério Público propõe ao acusado a suspensão condicional do processo, observados alguns requisitos de ordem objetiva e subjetiva, e por determinado período de tempo. Superado este período sem que o imputado dê causa a sua revogação é extinta sua punibilidade, caso contrário, o processo retomará seu curso. É justamente durante este período, onde se analisará a revogação ou não do benefício e o descumprimento das condições impostas ao réu que o curso da prescrição fica suspenso.

e) Acusado citado por edital, não comparece, nem constitui advogado, consoante o artigo 366 do Código de Processo Penal. A redação deste artigo foi dada pela lei n.º9.271/96 que visa dar maior ênfase ao princípio da verdade real, da ampla defesa e do contraditório. Todavia, notou-se que sua aplicação irrestrita e literal tornava qualquer crime imprescritível, contrariando assim, a Constituição Federal.

Ao nosso ver, a solução apresentada por Damásio e majoritária no STJ, resolve perfeitamente a questão, respeitando a Constituição pátria, vejamos:

> "O prazo de suspensão da prescrição não pode ser eterno. Caso contrário, estaríamos criando uma causa de imprescritibilidade. As hipóteses que não admitem a prescrição então enumeradas na CF (art. 5º, XLIV), não podendo ser alargadas pela lei ordinária. Ora, permitindo-se a suspensão da prescrição sem limite temporal, esta, não comparecendo o réu em juízo, jamais ocorreria, encerrando-se o processo somente com sua morte, causa extinta da punibilidade (CP, art. 107, I). Se, em face do crime, o Estado perde, pelo decurso do tempo, a pretensão punitiva, não é lógico que, diante da revelia,

ISSN 1679-8902

> pudesse exercê-la indefinidamente. Por isso, entendemos que o limite da suspensão do curso prescricional corresponde aos prazos do art. 109 CP, considerando-se o máximo da pena privativa de liberdade imposta abstratamente. Assim, p.ex., suspensa ação penal por crime de lesão corporal leve, o impedimento do curso prescricional tem o termo máximo de quatro anos (CP, art. 109, V), i. é., o prazo prescricional da pretensão punitiva só pode ficar suspenso por quatro anos. Nesse limite, recomeça a ser contado o lapso extinto, que é de quatro anos, considerada a pena máxima abstrata, computando-se o tempo anterior à suspensão. Cremos constituir um critério justo. Se, para permitir a perda da punibilidade pela prescrição o legislador entendeu adequados os prazos do art. 109, da mesma forma devem ser apreciados como justos na disciplina da suspensão do prazo extintivo da pretensão punitiva.[31]"

f) Acusado que se encontra no estrangeiro, em lugar sabido, e é citado por rogatória tem o prazo da prescrição suspenso até o cumprimento da carta (artigo 368 do Código de Processo Penal).

g) Enquanto o acusado cumpre pena por outro crime, conforme estatui o artigo 116, parágrafo único, do Código Penal. Impende advertir que a instauração de insanidade mental suspende o processo, mas não o prazo da prescrição.

Ocorrem também, certas situações, que fazem o curso do prazo prescricional reiniciar do zero, desprezando-se o tempo já decorrido. Estas situações estão previstas no artigo 117 do Código Penal que trata da interrupção do prazo da prescrição da pretensão punitiva e da pretensão executória, *in verbis*:

> "Art. 117. O curso da prescrição interrompe-se:
> I – pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
> II - pela pronúncia;
> III – pela decisão confirmatória de pronúncia;
> IV – pela sentença penal condenatória recorrível;
> V – pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
> VI – pela reincidência."

No primeiro caso a publicação do despacho do recebimento da denúncia ou queixa é o ato que formaliza a interrupção da prescrição.

[31] JESUS, D. evangelista de apud PAULA, R.; **Da Prescrição Antecipada**. Disponível em: <www.mp.mt.gov.br> Acesso em 14 Mar 2006.

ISSN 1679-8902

Em regra, o recebimento de aditamento da peça inicial acusatória não interrompe novamente a prescrição, salvo se incluir ou versar sobre um novo delito, hipótese em que a interrupção só ocorrerá com relação a este novo crime.

Saliente-se que se o recebimento da petição inaugural da ação penal se der em juízo incompetente, não há que se falar em interrupção da prescrição, uma vez que se trata de ato ineficaz, nos termos do artigo 567 do Código de Processo Penal.

O inciso II prevê a interrupção da prescrição pela pronúncia. Esta é a decisão que decide que o réu deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, aplicando-se, portanto aos crimes dolosos contra a vida e conexos. Devemos registrar o teor da súmula 191 do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a pronúncia é causa interruptiva da prescrição, ainda que o Tribunal do Júri venha a desclassificar o crime". A decisão que desclassifica, ou impronuncia ou absolve sumariamente o réu não interrompe a prescrição.

A decisão confirmatória da pronúncia também interrompe a prescrição nos termos do inciso III do aludido dispositivo penal.

Ocorre interrupção ainda na data da publicação da sentença penal condenatória recorrível, consoante o 4º inciso.

O inciso V prevê a interrupção da prescrição pelo início ou continuação do cumprimento da pena. Esta causa de cessação está relacionada com a prescrição da pretensão executória. Ocorre quando o sujeito vai iniciar o cumprimento de uma pena que lhe fora imposta por sentença penal condenatória ou quando reinicia seu cumprimento.

Cumpre salientar que no caso de evasão ou fuga, o prazo considerado será o tempo restante da pena, nos termos do artigo 113 do Código Penal. Nesse sentido, Aloysio de Carvalho Filho:

> "Igualmente no caso de revogação do livramento condicional manda o Código regular-se pelo restante da pena o prazo da prescrição. E a razão é simples. A anulação do benefício não faz desaparecer o período já satisfeito da pena. A sociedade recobra seu direito de executar a sanção, mas em termos, isto é, sem desfazer o tempo transcorrido até a data da concessão da medida.

ISSN 1679-8902

> O contrário seria executar-se a pena em parte, duplamente. É lógico, pois, que revoga o livramento sob condição, a prescrição seja calculada com base no saldo da pena a cumprir.[32]"

Por derradeiro, preceitua o inciso VI que a prescrição interrompe-se pela reincidência. Para a ocorrência da interrupção, a reincidência deve ocorrer depois da condenação, haja vista que no caso da reincidência ocorrer antes da condenação, aplicar-se-á o artigo 110 do Código Penal e ocorrerá somente um aumento do prazo prescricional.

1.7 Imprescritibilidade

Encerrando este capítulo e o estudo genérico da prescrição, abordaremos os casos de imprescritibilidade previstos na legislação pátria.

Em regra, a prescrição, tanto da pretensão punitiva quanto da executória, alcança todas as infrações penais. Todavia, nossa Carta Magna prevê duas exceções, estatuindo que serão imprescritíveis os crimes de racismo e os crimes referentes à ação de grupos armados e contra a ordem constitucional e o Estado Democrático de Direito.[33]

Trata-se de assunto controvertido na doutrina moderna, René Ariel Dotti, defende que a imprescritibilidade atenta contra o espírito da Constituição Federal, na medida que esta proíbe a pena de caráter perpétuo, não sendo lógico admitir-se a pretensão punitiva ou executória *ad eternum*.[34]

Já Jawsnicker observa que os argumentos daqueles que defendem a imprescritibilidade prendem-se a gravidade de certos crimes, presumindo que não desaparecem da recordação dos homens.[35]

[32] CARVALHO FILHO, A.; Apud PAULA, Rubens de. **Da Prescrição Antecipada**. Disponível em: <www.mp.mt.gov.br> Acesso em 14 Mar 2006.
[33] Constituição Federal, Artigo 5, XLII e XLIV.
[34] DOTTI, R. A.; **Curso de Direito Penal Brasileiro**, p. 682.
[35] JAWSNICKER, F. A.; Op. Cit. P. 67.

ISSN 1679-8902

CAPÍTULO II – PRESCRIÇÃO PENAL ANTECIPADA

2.1 Conceito

A Mitologia Grega nos ensina que Sísifo, por haver traído Zeus, denunciando-o como raptor de Egina, filha de Asopo, deus-rio, foi pelo senhor dos deuses precipitado nos infernos, onde se lhe impôs o castigo de rolar eternamente uma enorme pedra na subida de uma vertente, mal a pedra atingia o pico, voltava a cair mercê do seu próprio peso e o trabalho tinha de recomeçar.

Afigura-se Sísifo, como exemplo de labor infrutífero, operário de trabalho em vão, agente de esforços inúteis.[36]

Baseado nesta passagem da Mitologia Grega, José Osterno Campos de Araújo defende que o reconhecimento da prescrição antecipada é acima de tudo uma forma de se evitar trabalho inútil e fadado ao insucesso na seara jurídica.

A prescrição antecipada, também conhecida como prescrição em perspectiva, projetada ou virtual, não está prevista na legislação brasileira. Trata-se de uma construção recente da doutrina e da jurisprudência pátria.

José Julio Lozano Jr. A conceitua desta forma:

> "A prescrição antecipada consiste no reconhecimento da prescrição retroativa antes mesmo do oferecimento da denuncia ou queixa e, no curso do processo, anteriormente à prolação da sentença, sob o raciocínio de que eventual pena a ser aplicada em caso de hipotética condenação traria a lume um prazo prescricional já decorrido.[37]" (sic)

Já no entendimento de Antonio Lopes Baltazar a prescrição antecipada é o "reconhecimento da prescrição retroativa, antes da sentença, com base na pena a que o réu seria condenado, evitando assim, o desperdício de tempo na apuração de coisa nenhuma, pois já se sabe, antecipadamente, que o resultado será a extinção da punibilidade."[38]

---

[36] ARAÚJO, J. O. C.; Prescrição Penal Antecipada ou trabalho de Sísifo**, Boletim dos Procuradores da República,** Ano III, Nº 29, p.17.
[37] LOZANO Junior, J. J.; **Prescrição Penal,** p.181.
[38] BALTAZAR, A. L. **Prescrição Penal,** p. 107.

ISSN 1679-8902

Para Osvaldo Palotti Júnior, a prescrição antecipada "constitui o reconhecimento da prescrição retroativa, tomando-se por base a pena que possível ou provavelmente seria imposta ao réu no caso da condenação"[39]

Jawsnicker exemplifica a questão para facilitar o entendimento, *in verbis*:

> **"A** foi denunciado por desacato (CP, art. 331), crime que prescreve em 4 (quatro) anos, uma vez que o grau máximo da pena privativa de liberdade cominada é 2 (dois) anos (CP, art. 109, inc.V). Ao analisar o processo, o juiz constata que **A** é primário e tem bons antecedentes e que não existem agravantes ou causas de aumento da pena. Além disso, constata que já se passaram mais de 2 (dois) anos desde a data da consumação do crime. Com base nessas constatações, o juiz conclui que, ainda que **A** fosse condenado, a sua pena não ultrapassaria o mínimo legal, ou seja, 6 (seis) meses. Como uma pena de 6 (seis) meses prescreve em 2 (dois) anos (CP, art. 109, inc.V), o juiz deixa de receber a denúncia, reconhecendo antecipadamente a prescrição retroativa[40]."'(sic)

No exemplo epigrafado o juiz reconheceu a prescrição antes mesmo de receber a denúncia, porém outras situações podem ocorrer, o Ministério Público pode deixar de oferecer denúncia e requerer o arquivamento do feito em face do reconhecimento antecipado da prescrição. Ainda pode se reconhecer à prescrição antecipadamente no curso do processo, a pedido do representante do *Parquet*, da defesa ou de ofício pelo próprio magistrado.

Rubens de Paula observa que o principal efeito da prescrição antecipada é a extinção da punibilidade, o que impede o julgamento do mérito como ocorre na prescrição punitiva pela pena em abstrato e consequentemente inexistirá pena e todos os efeitos dela decorrentes.[41]

Embora em crescente ascensão no direito pátrio, a prescrição penal antecipada ainda causa grande controvérsia entre os juristas brasileiros, ao final, baseado nas informações aqui dispostas, chegaremos a uma conclusão lógica e fundamentada sobre o tema.

---

[39] PALOTTI JÚNIOR, O.; Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada. **Revista dos Tribunais,** n. 709, p. 304.
[40] JAWSNICKER, F. A.; Op. cit, p.80
[41] PAULA, R.; Op. cit.

ISSN 1679-8902

2.2 A prescrição antecipada e o interesse processual

No plano da teoria geral do processo, existem três condições para essenciais do direito de ação, a saber: possibilidade jurídica do pedido, legitimidade para agir e interesse processual ou interesse de agir.

A prescrição antecipada encontra seu principal argumento na falta de interesse processual ou interesse de agir, que acarreta na carência da ação por ausência de justa causa para o início ou prosseguimento da ação penal.

José Frederico Marques, assevera que:

> "Existe interesse de agir quando, configurado o litígio, a providência jurisdicional invocada é cabível a situação concreta da lide, de modo que o pedido apresentado ao juiz traduza a formulação adequada à satisfação do interesse adequado, não atendido ou tornado incerto. O interesse de agir significa existência de pretensão objetivamente razoável."[42]

Nesta mesma seara manifestam-se Ada Pelegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

> "O primeiro requisito do interesse de agir é a *necessidade* ou *utilidade* do uso das vias jurisdicionais; o segundo é a *adequação* do provimento e do procedimento. Nessa colocação, o interesse de agir é uma imposição do princípio da economia processual, significando na prática, que o Estado se nega a desempenhar a atividade jurisdicional quando o processo, no caso concreto, não é necessário e quando o provimento pedido não é adequado para atingir o escopo de atuação da vontade da lei[43]."(sic)

> "Pode-se também falar no interesse-utilidade, compreendendo a idéia de que o provimento pedido deve ser *eficaz:* de modo que faltará interesse de agir quando se verifique que o provimento condenatório não poderá ser aplicado (como, por exemplo, no caso de a denúncia ou queixa ser oferecida na iminência de consumar-se a prescrição da pretensão punitiva. Sem aguardar-se a consumação desta, já se constata a falta de interesse de agir)[44]."(sic)

[42] MARQUES, F. J.; Apud LOPES, Ribeiro Antonio Mauricio. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n. 3, p. 132, 1993.
[43] GRINOVER, A. P. et. al. **As nulidades no processo penal**, p.77
[44] Ibidem, mesma página

ISSN 1679-8902

Ainda, na visão de Grecco, o interesse de agir é " uma relação de necessidade e uma relação de adequação, porque inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção da lesão argüida na inicial."[45]

Por derradeiro, cumpre-nos transcrever a lição de Enrico Tullio Liebman sobre o assunto:

> "O interesse de agir decorre da necessidade de obter através do processo a proteção do interesse substancial; pressupõe por isso, a assertiva de lesão desse interesse e a aptidão do provimento pedido a protegê-lo e satisfazê-lo. Seria uma inutilidade proceder ao exame do pedido para conceder (ou negar) o provimento postulado, quando na situação de fato apresentada não se encontrasse afirmada uma lesão ao direito ou interesse que se ostenta perante a parte contrária, ou quando os efeitos jurídicos que se esperam do provimento já tivessem sido obtidos, ou ainda quando o provimento pedido em si mesmo inadequado ou inidôneo a remover a lesão, ou , finalmente, quando ele não pudesse ser proferido porque não admitido pela lei. O interesse de agir representado pela relação entre a situação antijurídica denunciada e o provimento que se pede para debelá-la mediante aplicação do direito; deve essa relação constituir na utilidade do provimento, como meio para proporcionar ao interesse lesado a proteção concedida pelo direito[46]." (sic)

Considerando os conceitos epigrafados, Maurício Antonio Ribeiro Lopes, em seu exaustivo estudo sobre a questão afirma que:

> "Os processualistas penais são unânimes ao relatar as condições da ação, tal como postas pela doutrina processual-civilística, tem integral aplicação no espectro do direito processual penal, apenas acrescentando que, às condições gerais, devem ser somadas as condições especiais, notadamente as de procedibilidade."[47]

Assim, Tourinho observa que as condições da ação que trata o processo civil são extensivas ao processo penal. Tais condições são requisitos legais para o exercício do direito de ação e devem coexistir, para que o

[45] GRECCO, V. Apud LOPES, Ribeiro Antonio Mauricio. O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n. 3, p. 134, 1993

[46] LIEBMAN, E. T. Manual de Direito Processual Civil, v.I, p.154.

[47] LOPES, R. A. M.; O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n. 3, p. 132, 1993.

ISSN 1679-8902

Magistrado possa decidir se o que o autor pretende é fundado, útil ou procedente. [48]

Portanto, há interesse de agir, quando o provimento jurisdicional invocado for adequado, necessário e útil, daí decorrendo os requisitos da adequação, necessidade e utilidade.

No processo penal, o interesse de agir, ganha força como justa causa para persecução penal, tanto o é, que o artigo 648 do Codex processual penal, em seu inciso I, admite expressamente ser passível de hábeas corpus, coação provinda de algum instrumento de persecução penal ilegal. Considerando como ilegal a persecução penal, investigatória ou instrutória, sem justa causa.

Nesse sentido Eugenio Pacelli de Oliveira:

> "Desloca-se para o interesse de agir também a preocupação com a efetividade do processo, de modo a poder-se afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de situação futura da pretensão que informa o seu conteúdo. É dizer, sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve se mostrar, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil"[49].

Tem-se como útil, o resultado possível de ser extraído da atividade persecutória, apta a produzir o efeito esperado. A maquina estatal, ao ser movimentada, deve ter a finalidade de atingir um objetivo concreto e útil.

O Desembargador da quarta câmara criminal do extinto Tribunal de Alçada Criminal do estado de São Paulo, Walter Theodósio, relator do recurso em sentido estrito 589.413-0 compartilhava do mesmo entendimento, *in verbis*:

> "Seria inútil o provimento jurisdicional, ainda que procedente a ação, é de reconhecer-se à ausência do interesse de agir. A máquina estatal, movimentada pelo autor da ação, busca um objetivo concreto, útil, afastada a idéia de seu uso em mera atmosfera abstrata. O mundo do direito não pode posturar-se em tom fenomênico, inteiramente dissociado do mundo concreto[50]." (sic)

[48] TOURINHO FILHO, F. C.; **Manual de Processo Penal,** passim.
[49] OLIVEIRA, E. P.; Apud PAULA, Rubens de. Op. cit.
[50] RSEst 589.413-0, 4 Câmara Criminal, TACRIM-SP, rel. Dês. Walter Theodósio, 12 mar 1990 v.u.

ISSN 1679-8902

Imperioso, para melhor elucidação do tema, trazer à colação outra decisão da mesma E. Câmara, que *ex officio* veio a conceder ordem de habeas corpus:

> "De nenhum efeito a persecução penal, com dispêndio de tempo e desgaste do prestígio da Justiça Pública, se, considerando-se a pena em perspectiva, diante das circunstâncias do caso concreto, se antevê o reconhecimento da prescrição retroativa na eventualidade de futura condenação. Falta, na hipótese, o interesse teleológico de agir, a justificar a concessão ex officio de habeas corpus para trancar a ação penal[51]."(sic)

2.3 A prescrição antecipada e o princípio da economia processual

A prescrição penal antecipada, encontra respaldo também, no princípio da economia processual, justamente por ser questionável a movimentação inútil do aparato estatal com um processo onde já se sabe de antemão que, após a prolação de uma sentença condenatória, será impossível a imposição da reprimenda penal, em face do reconhecimento da prescrição.

Antonio Lopes Baltazar, observa que o princípio da economia processual dispõe que, entre duas alternativas, deve ser escolhida aquela que for menos onerosa á parte e ao Estado. Segundo ele, o que se preocupa com a efetivação desse princípio é "o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo possível de atividades processuais e, consequentemente, de despesas, sem, contudo, suprimir atos previstos no rito processual em prejuízo às partes" Para Baltazar, a prescrição antecipada[52] "outra coisa não é senão uma economia processual extraordinária, que beneficia o réu e o Estado"[53]

Como exemplo, Edison Aparecido Martins, menciona os delitos de lesão corporal culposa, nos quais a prescrição ocorrerá em dois anos, salvo na hipótese de ser aplicada a pena máxima de um ano, quando então ocorrerá em quatro anos. Observa que praticamente na totalidade dos processos, em que o réu seja primário e tenha agido com culpa leve, será impossível a aplicação da

[51] RT 669/315
[52] BALTAZAR, A. L.; Op. cit. p. 111.
[53] Ibidem, mesma página.

ISSN 1679-8902

pena máxima, levando a conclusão lógica de que certa será a ocorrência da prescrição retroativa.[54]

Concluí que é absolutamente inútil dar prosseguimento ao feito, porque gera dispêndio de esforços inúteis, em prejuízo de outros processos, que por tal fato, também se defrontarão com a prescrição.[55]

Luiz Sérgio Fernandes de Souza, corrobora do mesmo entendimento:

> "O tempo e os recursos despendidos em processos sabidamente inúteis tem um custo que a sociedade não pode mais suportar. De duas uma: ou o legislador reformula a idéia de prescrição retroativa ou o aplicador da norma terá que ceder às evidências, impedindo que as pretensões natimortas, ocupem espaço da produção socialmente útil."[56] (sic)

Já Oswaldo Palotti Júnior, embora defenda a necessidade de se evitar o desperdício de tempo, defende que este resultado, mediante métodos adequados, que não inclui a prescrição antecipada.[57]

Corrobora deste entendimento Armando Mario Bianchi, conforme se verifica do seguinte julgado:

> "É certo que o excesso de formalismo é fator de emperramento da máquina judiciária. É, por isso, louvável o esforço de alguns juízes em suprimir o formalismo exagerado, para agilizar o andamento dos processos. Há que se considerar, entretanto que, a pretexto da agilização da justiça, não se pode atropelar a lei e os direitos do cidadão." [58]

2.4 A prescrição antecipada e o princípio da legalidade.

Um dos argumentos contra a prescrição penal antecipada é o princípio da legalidade, haja vista que o art. 110, § 1 e 2 do *codex* penal, determina que a prescrição retroativa somente poderá ser reconhecida depois de sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, ou depois de improvido

[54] BRANDÃO, A. E.; prescrição em perspectiva, **Revista dos Tribunais**, Nº 710, 1994, p.391.
[55] Ibidem, mesma página.
[56] SOUZA, L. S. F.; A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional, **Revista dos Tribunais**, Nº 680, 1992, p.437.
[57] PALOTTI JUNIOR, O.; Op. cit. p.305
[58] RSE 2900583790, 1 Câmara Criminal, TARS, rel. Juiz Armando Mario Bianchi, 01 ago 1990 in RT 667/328.

ISSN 1679-8902

seu recurso. De acordo com a letra da lei, a prescrição, antes de sentença condenatória, só pode ser regulada pela pena em abstrato.

Baseados nesse raciocínio, os que são contra a prescrição penal antecipada sustentam que o reconhecimento desta é uma afronta ao texto legal e conseqüentemente ao princípio da legalidade.

Nesse sentido, temos os seguintes julgados:

> "Hábeas Corpus: Pretendido trancamento da ação penal, pela extinção da punibilidade, decorrente da prescrição punitiva, segundo pena a ser ainda concretizada em futura sentença. Inadmissibilidade. Writ indeferido. Antes da sentença a pena é abstratamente cominada e o prazo prescricional se calcula pelo máximo, não podendo ser concretizada por simples presunção."[59]
> "Delira da lógica e da legislação de regência pretender-se obter declaração de extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, ponderada em face da pena concretizada, se a ação penal a que foi submetido o paciente ainda pende de julgamento em primeira instância."[60]

Contra o argumento de que a prescrição penal antecipada viola o princípio da reserva legal, pode-se invocar o histórico da prescrição retroativa, que a priori foi uma criação jurisprudencial dos Ministros do STF Nelson Hungria e Bento de Faria que como sabemos, culminou na súmula 146 e foi acolhida pela lei[61].

Renee de Ò Souza encerra brilhantemente a questão:

> "Asseverar que a prescrição penal antecipada não é contemplada por nossa legislação é o mesmo que não permitir aos operadores do direito uma real e verdadeira busca pela justiça. Seria o mesmo que afirmar que o promotor, o juiz e o advogado estão engessados pelas normas escritas, retirando-lhes o caráter humano e social a que se presta o direito."[62]

[59] RHC 66913/DF, 1 Turma, STF, rel. Min. Sidney Sanches, 25 out 1988 in RT 639/389.
[60] RHC 2032-9/SP, 6 Turma, STJ, rel. Min. Anselmo Santiago, 09 mar 1993 in RT 703/349.
[61] Cf. JAWSNICKER, F. A.
[62] SOUZA, R. Ó.; Apud JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**, P.106

ISSN 1679-8902

2.5 A prescrição antecipada e o princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade também é um argumento contrário ao reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa. O argumento, segundo Antonio Lopes Baltazar, é o seguinte:

> "Não tem o juiz poderes discricionários para analisar se instaura ou não ação penal. Os órgãos incumbidos da persecução penal devem promover os atos até o final da decisão. Por isso, a autoridade policial, deve instaurar o Inquérito Policial; o Promotor de Justiça deve oferecer a denúncia; o Juiz deve presidir a instrução do processo e decidir."[63]

O Tribunal de Justiça de São Paulo, já decidiu no mesmo sentido, senão vejamos:

> "Vigorando entre nós no que diz respeito à ação penal pública, o princípio da obrigatoriedade e não da oportunidade, é manifesto o interesse do Estado em exigir uma prestação jurisdicional ainda que fadada ao reconhecimento posterior da prescrição, sempre que haja notícia da ocorrência em tese de um delito."[64]

Contra este argumento, a constatação que, embora o princípio da obrigatoriedade esteja em pleno vigor, o dever de ajuizar ação penal pública, surge apenas diante da presença das condições da ação. Destarte, se faltar uma das condições da ação, como o interesse processual, tanto o Ministério Público quanto o Juiz estão obrigados a arquivar o feito, por ausência de justa causa.

Nesse mesmo diapasão, Mauricio Antonio Ribeiro Lopes afirma que o juiz é, sim o fiscal da obrigatoriedade da ação penal pública, todavia, antes de ser fiscal do princípio da obrigatoriedade, é fiscal das condições da ação e dos pressupostos processuais. [65]

[63] BALTAZAR, A. L.; Op. cit. p. 164.
[64] AC 143877-3, 3 Câmara Criminal de férias, rel. Dês. Gonçalves Nogueira, 03 jan 1995.
[6565] LOPES, R. A. M.; O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 1, n. 3, p. 138, 1993.

ISSN 1679-8902

2.6 A prescrição antecipada e a *mutatio libelli*

Afirmam alguns que a prescrição antecipada mostra-se desaconselhável em face da ocorrência da mutatio libelli prevista no artigo 384, parágrafo único, isto porque a pena antecipadamente calculada pode vir a não ser a efetivamente aplicada ante a possibilidade da alteração para crime mais grave ou com pena superior àquela inicialmente vislumbrada, conforme preceitua o dispositivo supra, *in verbis*:

> "Art. 384. (...)Parágrafo único - Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de 3 (três) dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas."

Deste modo, a denúncia, pode descrever como fato delituoso um furto. Todavia, durante a instrução, pode-se revelar que a subtração ocorrera mediante ameaça, transmudando assim o crime de furto para o de roubo, cuja pena é maior que a reprimenda daquele.

Renee de Ó. Souza rebate essa situação considerando duas hipóteses distintas. Observa que se a prescrição antecipada é constatada antes de iniciada a ação penal, ou seja, ainda na fase inquisitiva, a questão levantada mostra-se menos tortuosa porque o arquivamento de inquérito policial deve, por cautela, possuir a ressalva do artigo 18 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

> "Art. 18 - Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, à autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia."

Tal dispositivo legal permite o prosseguimento de novas pesquisas pela autoridade policial, se de outras provas tiver notícias. Essa providência praticamente elimina qualquer óbice à prescrição virtual, haja vista que qualquer nova prova que altere a capitulação do delito e consequentemente a sua pena servirá de base para uma nova análise e apreciação do caso,

ISSN 1679-8902

resultando em novo arquivamento do inquérito policial ou no oferecimento de denúncia. [66]

Todavia, a mesma solução, não se mostra tão clara com relação à ocorrência da prescrição antecipada durante a ação penal. O artigo 18 do *codex* processual refere-se a inquérito policial e a autoridade policial, sendo, portanto, inaplicável para a ação penal.

Nesta situação, o mesmo autor, busca amparo no Código de Processo Civil em consonância ao artigo 3º da lei processual penal: Art. 3º - A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Durante o curso da ação penal, a ação é extinta sem julgamento do mérito por ausência de uma das condições da ação, o interesse de agir.

Diante disso, Renee demonstra a possibilidade de repropositura da ação, senão vejamos:

> "A carência da ação enseja uma sentença processual que possui uma decisão que não resolve a lide (sentença terminativa), sendo admissível à renovação ou repetição da ação, desde que partes corrijam o defeito que ensejou aquela extinção. Isto acontece porque estas decisões são desprovidas dos efeitos da coisa julgada material. [67]"

Logo, a ação extinta sem julgamento do mérito pode ser proposta novamente desde que o direito de ação esteja íntegro. Assim, corrigida a carência, pode ser a ação renovada. Neste caso, de sentença terminativa, a extinção não obsta a que ao autor intente novamente a ação.

Novamente nos socorremos da lição de Renee Ó de Souza para melhor elucidar o abordado:

> "Se o direito de ação não está definitivamente eliminado, aquela ação extinta sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir que reconheceu a prescrição virtual pode ser novamente intentada a qualquer tempo, desde que presente àquela condição da ação antes afastada.[68]"

[66] SOUZA, R. Ó.; Apud JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**, P.124
[67] Ibidem, mesma página.
[68] Ibidem, P. 125.

ISSN 1679-8902

2.7 Demais controvérsias em torno da prescrição antecipada

Os contrários à legalização do instituto da prescrição penal antecipada, afirmam que esta constituí violação ao princípio do devido processo legal, consagrado na nossa carta magna uma vez que antecipa o status de condenado antes de sentença constituída através do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Ricardo Pieri Nunes, refuta esta informação:

> "Pelo simples fato de que a prescrição retroativa, mesmo quando reconhecida após a preclusão da faculdade recursal da acusação ou o desprovimento do seu recurso, afasta a condenação inicialmente imposta ao réu. Logo, se reconhecida antecipadamente, não haverá condenação sem processo, pois a condenação, de toda sorte, jamais chega a se consumar. Verifica-se, tão somente que a constatação preliminar da ocorrência da extinção da punibilidade, ato que dispensa a formação da relação processual e que, por demais óbvio, não traz nenhum prejuízo para o suposto agente. [69]"

Quanto à suposta afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, Jawsnicker assevera que tais princípios nascem a partir do direito de ação, no caso da prescrição penal antecipada, o direito de ação inexiste em função da falta de justa causa, assim, não haverá lugar para ampla defesa e contraditório.[70]

Corrobora do mesmo entendimento Renee Ó. de Souza afirmando que a prescrição antecipada não viola os princípios do devido processo legal e do contraditório, "porque não houve também ação penal intentada, e como se sabe, esses princípios só vigoram na ação propriamente dita".[71]

Saliente-se que Renee usa o argumento epigrafado para observar que o reconhecimento antecipado da prescrição retroativa não viola o princípio constitucional da presunção de inocência, pois não há condenação efetiva

[69] NUNES, R. P.; Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa. **Boletim IBCCrim,** n.119. p.11.
[70] JAWSNICKER, F. A.; Op. cit. p. 113
[71] SOUZA, R. Ó. Apud JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**, P.113.

ISSN 1679-8902

neste reconhecimento e sim a constatação de ausência de uma das condições da ação.[72]

Por derradeiro, discorreremos sobre a controvérsia acerca da prescrição penal antecipada e os efeitos civis da sentença penal. No Brasil, a responsabilidade civil, independe da penal. Todavia, a sentença penal tem reflexos na esfera civil haja vista que não se poderá questionar no juízo cível autoria ou existência de fato já decididas no juízo criminal, ademais a sentença penal é título executivo para se promover a reparação do dano na esfera civilista.

Rubens de Paula assevera que com o reconhecimento da prescrição retroativa antecipada " não haverá nenhum óbice ao questionamento no juízo cível de qualquer questão relacionada ao fato, pois, cuidando-se de causa extintiva da punibilidade, nenhum efeito concreto produzirá, quer no juízo penal, quer no juízo cível."[73]

Neste mesmo diapasão, Claudia Ferreira Pacheco observa que ao se reconhecer o instituto, "estariam sendo colocados de lado os efeitos secundários (civis e penais) de eventual sentença condenatória, já que, com o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, eventual sentença não seria capaz de produzir qualquer efeito, figurando mesmo como se nunca tivesse existido"[74].

CONCLUSÃO

Na esfera da teoria geral do processo, a prestação jurisdicional está vinculada a três requisitos: Legitimidade de parte; Possibilidade jurídica do pedido e Interesse processual. Ausentes quaisquer dos requisitos, teremos inexoravelmente a carência da ação.

[72] SOUZA, R. Ó.; Apud JAWSNICKER, Francisco Afonso. **Prescrição penal antecipada**, P.114.
[73] PAULA, R.. **Da Prescrição Antecipada**. Disponível em: <www.mp.mt.gov.br> Acesso em 14 Mar 2006.
[74] PACHECO, C. F.; **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo penal)**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br>. Acesso em 23 mai 2006.

ISSN 1679-8902

O interesse de agir, principal fundamento favorável ao reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa, com vimos é constituído de dois requisitos, a necessidade e utilidade do uso das vias jurisdicionais e adequação do provimento, e do procedimento.

Imperioso afirmar que extinguir o processo pelo reconhecimento antecipado da prescrição penal retroativa não significa ao nosso ver, extinguir a punibilidade do sujeito, como ocorre quando se reconhece a prescrição concreta. Reconhecer a prescrição penal antecipada é afirmar a carência da ação consubstanciada na falta de interesse de agir haja vista que não a utilidade alguma em se movimentar o aparato estatal para um processo fadado ao insucesso.

Na esfera do processo penal, à parte autora, alegando o cometimento de uma infração penal, busca a imposição de uma pena ao autor. Entretanto, se no caso concreto, concluir-se que ainda que a pena seja imposta não será executada porque inevitavelmente atingida pela prescrição retroativa, a prestação jurisdicional não terá utilidade alguma nem para as partes, nem para a sociedade, faltando interesse de agir.

Saliente-se que a falta de interesse de agir é matéria de ordem pública e pode ser argüida em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive podendo ser reconhecida de oficio pelo juiz.

Não se pode negar também, que o prosseguimento de uma ação penal fadada ao insucesso, sem utilidade alguma, constitui além de afronta direta aos princípios da economia e celeridade processual, constrangimento ilegal por ausência de justa causa para a ação penal, ocasião em que a lei expressamente autoriza a concessão de hábeas corpus, nos termos do artigo 648, I do Código de Processo Penal.

Esse constrangimento atenta diretamente contra o princípio fundamental da República Federativa do Brasil: O princípio da dignidade da pessoa humana. Constranger alguém a todos os dissabores que um processo criminal proporciona e a todo preconceito social que o acompanha para, ao final ainda que advenha uma sentença condenatória, constatarmos que a

ISSN 1679-8902

reprimenda será ineficaz em face da prescrição, é atentar diretamente contra a dignidade da pessoa humana.

Ademais, o reconhecimento antecipado da prescrição, está em consonância com o principio da economia processual e com o princípio da moralidade administrativa, na medida em que impede gasto inútil de tempo e dinheiro público.

Os respeitáveis argumentos contrários à aplicação do instituto, embora respeitáveis, não condizem com a realidade e com o atual momento do direito brasileiro e, sobretudo do judiciário.

Não há qualquer ofensa ao princípio da reserva legal haja vista que o art. 43 do código de processo penal permite a rejeição da denúncia quando faltar condição legal para o exercício da ação penal. O artigo 3º do mesmo diploma legal ainda admite interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como os princípios gerais de direito.

Cabe ressaltar que a própria prescrição retroativa foi uma construção jurisprudencial, que durante décadas causou extrema controvérsia só resolvida com a edição da súmula 146 do STF.

O principio da instrumentalidade processual também não é ofendido. Não se pode olvidar que o processo existe para atingir um determinado fim que seja útil no mundo concreto. Afastado esse fim, o processo perde a razão de ser. Com efeito, qual utilidade pode ter uma sentença condenatória, se a pena nela imposta for atingida pelo reconhecimento da prescrição retroativa?

Também não há de se falar em ofensa ao princípio da obrigatoriedade, pois conforme restou demonstrado, o dever de ajuizar ação penal pública, surge apenas diante da presença das condições da ação que *in casu*, encontram-se ausentes.

O princípio do devido processo legal diz que ninguém será provido de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Ora, o reconhecimento da prescrição antecipada não ameaça nem a liberdade nem o patrimônio do réu, logo também não existe ameaça a este princípio.

ISSN 1679-8902

Imperioso afirmar que o reconhecimento antecipado da prescrição não pressupõe uma condenação, apenas extingue o processo por ausência de uma das condições da ação, ficando afastados todos os efeitos civis e penais que uma condenação imputa ao condenado, assim, não se pode cogitar que haja violação aos princípios da presunção de inocência, da ampla defesa e do contraditório.

O principal argumento contrário a prescrição antecipada é a possibilidade de ocorrer a mutatio libelli. Embora se admita essa possibilidade, melhor sorte não assiste a este argumento, senão vejamos:

Se o processo for arquivado antes da denúncia, o próprio Código de Processo Penal nos traz a resposta em seu artigo 18, estatuindo que a autoridade policial poderá diligenciar para conseguir novas provas e tendo sucesso, *in casu*, se conseguir elementos que alterem a capitulação do crime para outro com maior reprimenda, nada impede que a denuncia seja oferecida novamente.

Se a prescrição penal for à causa da extinção da ação, ainda assim não haverá óbice em se promover nova ação se sobrevier fato que levem a diversa capitulação penal.

Conforme restou demonstrado, a extinção do processo pelo reconhecimento da prescrição penal antecipada, não extingue a punibilidade, apenas extingue o processo por ausência de interesse processual. Assim sendo, uma vez sanada a carência, nada impede que se promova a ação novamente. Tal entendimento se extrai em consonância com o artigo 3º do Codex Processual Penal aplicando-se analogicamente o art. 267 do Código de Processo Civil.

Ademais existem outros casos na legislação criminal, onde o processo pode ser extinto e proposto novamente, vejamos:

Digamos que o Magistrado receba uma denuncia que versa sobre crime de responsabilidade dos funcionários públicos sem atender ao disposto no artigo 514 do Código de Processo Penal, ou seja, oferecer ao funcionário a oportunidade de apresentar defesa preliminar antes que seja recebida a denúncia.

ISSN 1679-8902

Pois bem, a relação processual estará perfeitamente angularizada e a processo começa a tramitar, Todavia a defesa em sede de recurso consegue anular o recebimento da denuncia por ausência de condição de procedibilidade do processo, não se pode negar que a relação processual já constituída restou agora extinta, não havendo mais no mundo jurídico qualquer ação penal contra o réu.

Entretanto, o Ministério Público oferece novamente a denuncia e desta vez o magistrado atenta a condição essencial prevista na lei. A relação processual volta a se perfazer, desta vez perfeita e livre de vícios.

O mesmo ocorrerá com o processo extinto por carência da ação, no nosso caso por falta de interesse de agir, ocorrendo a mutatio libelli, e

verificando-se que o novo tipo penal prevê reprimenda maior que o anterior, restará cessada a prescrição antecipada e junto com ela a ausência de justa causa para a ação penal, não havendo óbice para a que a ação seja novamente proposta.

Por derradeiro, seria benéfico para toda sociedade que o nosso ordenamento jurídico reconhecesse este instituto, pois assim o tempo que seria despendido pelo judiciário com processos inúteis seria aplicado nos processos que realmente mereçam atenção da sociedade, evitando assim a ocorrência do fenômeno da prescrição neste.

Destarte, mercê do exposto, e principalmente em razão do interesse processual, do principio da dignidade da pessoa humana, do principio da economia e celeridade processual, concluímos que a prescrição penal antecipada deve ser admitida em nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, J. O. C.; **Prescrição Penal Antecipada ou trabalho de Sísifo,** Boletim dos Procuradores da República, ano III, n. 29, 2000.
BALTAZAR, A. L.; **Prescrição Penal.** Bauru-SP: Edipro, 2003.
BRANDÃO, A. E.; **Prescrição em perspectiva**. Revista dos Tribunais, n. 710, 1994.
CAPEZ, F.; **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ISSN 1679-8902

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.; **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.
DELMANTO, C.; **Código Penal Comentado.** 7. ed. São Paulo: Renovar, 2003.
DIAS, M. V. V.; **Alguns reflexos do novo código civil no âmbito penal.** Disponível em: <http://www.folha.com.br/folha/cotidiano/ult95u66399.shtml>. Acesso em: 20 maio 2006.
DOTTI, R. A.; **Curso de Direito Penal Brasileiro:** parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
FARIA, B.; **Código Penal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Livraria Jachinto Editora, 1942. V. 2.
FRANCO, A. S.; STOCO, R.; JÚNIOR, J. S. *et. al*. **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
GOMES, L. F. **Maioridade civil e as medidas do ECA**. Disponível em: <http://www.tj.ro.gov.br/emeron/sapem/2003/FEVEREIRO/0702/ARTIGOS/A02.htm> Acesso em: 20 maio 2006.
GRINOVER, A. P.; FERNANDES, A. S.; FILHO, A. M. G.; **As Nulidades no Processo Penal**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal.** 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955. V.4.
JARDIM, A. S.; **Direito Processual Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990.
JAWSNICKER, F. A.; **Prescrição penal antecipada**, Curitiba: Editora Juruá, 2005.
JESUS, D. E.; **Direito Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
_____ **Prescrição Penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
LEMOS, R. T., **Prescrição penal retroativa e antecipada.** São Paulo: BH, 2003
LIEBMAN, E. T.; **Manual de Direito Processual Civil**, v.I, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
LOPES, R. A. M. **O reconhecimento antecipado da prescrição. O interesse de agir no processo penal e o Ministério Público.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 1, n. 3, 1993
LOZANO JUNIOR, J. J.; **Prescrição Penal**. São Paulo: Saraiva, 2002
MALUF, S.; **Teoria Geral Do Estado**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 1999
MARTINI, P.; **Prescrição em perspectiva: questão de bom senso e necessidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=967>. Acesso em: 10 set. 2005.
MIRABETE, J. F.; **Manual de Direito Penal**. 13 ed. São Paulo: Atlas, 1998.
_____ **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2002.
NORONHA, E. M.; **Direito Penal**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. V.1.
NUNES, R. P.; **Considerações em abono do reconhecimento antecipado da prescrição retroativa**. Boletim IBCCrim**,** n.119, 2002.
PACHECO, C. F.; **Breve análise sobre a prescrição antecipada (a justa causa e o interesse de agir do Ministério Público no Processo penal)**. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br>. Acesso em: 23 maio 2006.
PAULA, R.; **Da Prescrição Antecipada**. Disponível em: <www.mp.mt.gov.br>. Acesso em: 14 mar. 2006.
PALOTTI JÚNIOR, O.; **Considerações sobre a prescrição retroativa antecipada.** Revista dos Tribunais, n. 709, 1994.
PRADO, L. R.; **Curso de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ISSN 1679-8902

SOUZA, L. S. F.; **A prescrição retroativa e a inutilidade do provimento jurisdicional**. Revista dos Tribunais, Nº 680, 1992.
TOURINHO FILHO, F. C.; **Manual de Processo Penal.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

Sobre o autor

Email: alferrer@terra.com.br

ISSN 1679-8902

A EDUCAÇÃO ARISTOCRÁTICA NO ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO: O LEGADO DE FRIEDRICH NIETZSCHE SOBRE A SUPERAÇÃO

The aristocratic education in brazilian legal education: the bequest of Friedrich Nietzsche about overcoming

ADAID, Felipe
PUC-Campinas

MENDONÇA, Samuel
PUC-Campinas

RESUMO: A questão essencial deste artigo se apresenta da seguinte forma: qual é a relação entre a educação aristocrática e ensino jurídico no Brasil? Este texto tem por objetivo problematizar questões educacionais, mormente no que se refere ao ensino jurídico. A educação aristocrática se refere a uma educação superior, oposta a qualquer tipo de massificação. Destarte, se a educação aristocrática aponta para a superioridade intelectual, por meio da dimensão individual, será que ela poderia ser aplicada também ao ensino jurídico? Neste diapasão, os resultados alcançados evidenciam que a concepção de educação aristocrática, pensada no contexto do Direito, em última análise, propicia a revaloração da educação jurídica. Visto o esquálido cenário educacional brasileiro, faz-se necessário uma nova concepção de educação que não seja sectária, estanque ou moralizadora.

Palavras-chave: Educação Aristocrática; Ensino Jurídico; Nietzsche.

ABSTRACT: The essential point of this article is presented as follows: what is the relationship between the aristocratic education and legal education in Brazil? This article aims to discuss educational issues, particularly in relation to legal education. The aristocratic education refers to a concept of education that stands for excellence, opposed to any kind of massification. Thus, if the aristocratic education points to the intellectual superiority through the individual dimension could she also be applied to legal education? In this vein, the results show that the aristocratic conception of education, conceived in the context of law, ultimately provides a reevaluation of legal education. Given the squalid Brazilian educational scenario, it is necessary a new conception of education that is not sectarian, sealed or moralizing.

Keywords: Aristocratic Education; Legal Education; Nietzsche.

Introdução

O presente artigo objetiva apresentar os aspectos mais pertinentes a respeito da relação entre a educação aristocrática e ao ensino jurídico. A pergunta que propulsiona a argumentação do texto está assim formada: qual é a relação entre a educação aristocrática e ensino jurídico no Brasil? Este trabalho é parte das demandas do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*

ISSN 1679-8902

em Educação da Pontifícia Universidade Católica de Campinas e resulta especificamente das atividades de Iniciação Científica. Do ponto de vista formal, o artigo se organiza em três partes, quais sejam: breve introdução histórica da evolução do ensino jurídico; desenvolvimento sobre a educação aristocrática; e uma reflexão a respeito da relação entre ensino jurídico e essa concepção educacional. A base teórica do texto é fomentada a partir de escritos de Nietzsche (2000, 2007 A, 2007 B, 2007 C, 2009), Mendonça (2009, 2011 A, 2011 B), Rodrigues (1993, 2000, 2005) e Bittar (2001, 2006, 2009).

No que se refere à questão da educação[1] [2], em seu sentido mais amplo, pode-se dizer que se relaciona ao processo de aprendizagem dos inúmeros aspectos culturais, onde o indivíduo apreende comportamentos, valores e técnicas relativas à cultura ou a determinado grupo social. É possível afirmar que a educação é o fenômeno de aprender um conhecimento[3]. Nesta trincheira, menciona-se Abbagnano (2007):

> "Em geral, designa-se com esse termo a transmissão e o aprendizado das técnicas culturais, que são as técnicas de uso, produção e comportamento, mediante as quais um grupo de homens é capaz de satisfazer suas necessidades, proteger-se contra a hostilidade do ambiente físico e biológico e trabalhar em conjunto, de modo mais ou menos ordenado e pacífico (p. 306)."

A educação é, pois, um processo de transmissão de conhecimento que envolve aspectos da cultura, que por sua vez envolve o homem. Pode-se aferir ainda que, mesmo nas sociedades primitivas, sua principal função é a de modelar o indivíduo a seu grupo social. Além disso, a educação é o meio mais

1 "A palavra educação é mais ampla que a palavra ensino, apesar de muito corriqueiramente serem usadas como de sentido equivalente. O que há é que a educação envolve todos os processos culturais, sociais, éticos, familiares, religiosos, ideológicos, políticos que se somam para a formação do indivíduo" (BITTAR, 2001, p. 15).

2 Visto que se fala numa abordagem nietzschiana, não há óbice em citar: "O que é educação? É compreender imediatamente tudo o que se viu através de fantasmas determinados. O valor destas representações determina o valor das culturas e da educação. Nesse sentido, a educação é um assunto do intelecto e, portanto, possível até certo ponto. Estas representações fantasmáticas somente são comunicadas pela energia das personalidades. Nessa medida, a educação depende da grandeza moral e do caráter do professor. Influência mágica da pessoa sobre a pessoa, toda manifestação superior da vontade, já saída da coerção da afirmação da vida individual e que se submete, além disso, às manifestações ainda inferiores da vontade. Essa influência se exterioriza na transmissão dos fantasmas." (NIETZSCHE, 2007 B, p. 262).

3 Em ressonância às lições de Reale (1983) sobre gnoseologia, a relação que existe no processo de conhecimento se dá por meio do ser cognoscível, o qual se apropria das informações do ser cognoscente. Enquanto aquele é o sujeito capaz de conhecer e adquirir determinado conhecimento, este é o objeto capaz de ser conhecido.

ISSN 1679-8902

eficaz de construção do conhecimento para as demais gerações, na tentativa de preservação da memória e da identidade cultural[4].

Quanto ao vocábulo educação, na tentativa de se buscar suas raízes etimológicas, é possível dizer que o citado vernáculo tem ascendência românica, a derivar do substantivo latino *educatio*. Por sua vez, este substantivo se refere ao verbo também latino *educere*, a poder ser traduzido em diversos sinônimos, quais sejam: "conduzir para fora, fazer sair, intimar, produzir, exaltar, elevar, criar" (DICIONÁRIO ACADÊMICO, 2008, p. 154).

É possível verificar, por meio da análise etimológica, que o caráter transformador da educação se dá com o enriquecer intelectual do educando: por meio do ganho de novas experiências; revaloração de ideias já sedimentadas; aprendendo novas técnicas e comportamentos. Em última análise, é possível dizer que a educação é o processo de adaptação do indivíduo a seu meio social e cultural.

Não obstante, nas sociedades complexas – *maxime* no período moderno – a educação ganhou sentido mais estreito, tornando-se obsoleta relacioná-la à mera transmissão de conhecimento cultural. Assim, esta educação passou a referir-se ao processo metódico de transmissão de conhecimentos fragmentados, a tornar o educando apto ao exercício de determinada atividade técnica ou intelectual[5].

Para a educação em sentido *stricto*, dá-se o nome de educação formal, realizada em locais próprios pré-determinados pelo poder público, ou ainda instituições privadas legalmente autorizadas: universidades, escolas, academias e estabelecimentos de ensino à distância. São nestes ambientes

4 Neste diapasão, Abbagnano (2007) defende que uma sociedade humana não pode sobreviver se sua cultura não é transmitida de geração para geração; as modalidades ou formas de realizar ou garantir essa transmissão chamam-se educação. Esse é o conceito generalizado de educação, que se tornou indispensável graças à consideração do fenômeno não só nas sociedades chamadas civilizadas, mas também nas sociedades primitivas. Segundo Jaeger (1995), nesta mesma linha de raciocínio, pode-se mencionar que a educação não é uma propriedade individual, mas pertence por essência à comunidade. Toda educação é, pois, o resultado da consciência humana, quer se trate da família, uma classe, uma profissão, um grupo étnico ou um Estado.

5 Nessa classificação, menciona sabiamente Abbagnano (2007) que é possível distinguir duas formas fundamentais de educação: "a que simplesmente se propõe transmitir as técnicas de trabalho e de comportamento que já estão em poder do grupo social e garantir a sua relativa imutabilidade; e a que, através da transmissão das técnicas já em poder da sociedade, propõe-se formar nos indivíduos a capacidade de corrigir e aperfeiçoar essas mesmas técnicas" (p. 306).

ISSN 1679-8902

acadêmicos em que o indivíduo tem seus primeiros contatos com o conhecimento científico e filosófico.

Especificamente no que tange ao ensino jurídico brasileiro, esta atividade é reservada apenas à graduação e pós-graduação das Faculdades de Direito[6]. Atualmente, por meio do beneplácito legiferante, o Ministério da Educação, por intermédio do Conselho Nacional de Educação, fornece as regras mínimas para os cursos jurídicos: ao delimitar o tipo de formação docente, currículo mínimo de disciplinas, carga horária, ementa, número de semestres, entre outras especificações burocrática (BITTAR, 2001; BITTAR, 2006).

É cada vez mais crescente o número de cursos jurídicos no Brasil[7], possivelmente pela ilusão da ascensão social e o baixo custo dos cursos. Contudo, observa-se que as vésperas do ducentésimo aniversário do surgimento do ensino jurídico no Brasil pouco se mudou[8]. O que aponta para o fato de que este panorama organizacional, monopolizado[9] pelo estado, é reflexo de seu próprio desenvolvimento histórico tradicionalista.

Um famigerado aspecto da educação hodierna se refere ao nefasto movimento de democratização que muito vem sendo discutido e – muitas vezes – defendido. A utilizar-se da filosofia de Nietzsche como baldrame, pode-se dizer que a democracia educacional, enquanto solução ou método de

6 Infelizmente as disciplinas jurídicas, como Introdução ao Estudo do Direito, Direito Civil e Constitucional, somente são ministradas nas instituições de ensino superior. Atualmente se discute muito sobre a importância da cultura jurídica para o cidadão, e o quanto seria produtivo que tais disciplinas pudessem ser introduzidas em seus currículos. Não obstante, parabeniza-se projetos de leis que tentam introduzir disciplinas de cunho jurídico no Ensino Fundamental e Médio. Cita-se como exemplo o Projeto de Lei 2781/2003 (BRASIL, 2003) de autoria do Deputado Federal Carlos Sampaio do PSDB.

7 De acordo com o Censo da Educação Superior do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira – Inep, o Brasil é o país com maior número de cursos de Direito no mundo, hoje são mais de mil cursos oferidos (INEP, 2012).

8 "Há 180 anos a sala de aula, que deveria cumprir um papel pedagógico, dentre outros, cumpridos pela pesquisa, pela extensão, pelo estágio profissional, é um espaço de transmissão de preconceitos, de *dóxa*, de política, de ideologia e de pseudo-superioridade hierárquica do Direito frente outras áreas do saber as quais deveria dialogar e interagir" (CERQUEIRA, 2008, p. 216).

9 A partir do momento em que historicamente surgem as instituições de ensino, o Estado passa controlá-las, delimitando sua ideologia, metodologia e todos os direitos relativos a ela. A educação passa a ser prioridade nos programas governamentais e, ao mesmo tempo em que se fala em mercantilização da educação, fala-se também em democracia da educação (BRANDÃO, 1983). Então, inicia-se o processo de democratização, na tentativa de equilibrar a desigualdade intelectual na população – a respeito da massificação da educação falar-se-á melhor a seguir. Entretanto, será que a democratização é o melhor para o progresso da educação?

ISSN 1679-8902

desenvolvimento cultural, é equivocada. Uma vez que o nivelamento da educação é um processo atroz que leva o indivíduo a uma mediocridade sem precedentes.

A ideia de ensino democrático ignora a idiossincrasia humana e o fato de que a desigualdade é um fato natural. Visto que são seres singulares, não há dúvida de que existirá diferença no desenvolvimento intelectual e afetivo. A busca da padronização distancia o estímulo à singularidade, obstrui a possibilidade de conquista individual, a visão crítica e mormente a superação. Neste sentido, a educação – por meio dos estabelecimentos de ensino – tem servido como base do distanciamento individual em relação a suas potências. Em suma, parece razoável defender e fomentar a existência de uma concepção educacional que tenha a excelência do homem no horizonte.

Em que se pese o atual contexto do ensino jurídico no Brasil, muito se tem discutido e publicado a respeito da má qualidade e do tradicionalismo institucional, atrelado – invariavelmente – à parca formação pedagógica dos docentes[10]. Destarte, todas as críticas, *grosso modo*, inclinam-se para a questão do paradigma jurídico vigente[11]. Assim, a iniciar o desenvolvimento do presente artigo, pergunta-se: quais acontecimentos históricos podem ser retomados neste processo?

1. Das raízes históricas do ensino jurídico

1.1. Da Antiguidade

Sobre o início do processo educacional, pouco se pode falar sobre períodos remotos à idade metálica. Visto que não existia nem mesmo a escrita, pode-se cogitar que a única forma de educação se baseava em sua cultura rudimentar. Neste sentido, o estudo da evolução humana ainda aponta que no final da Pré-história e início da Antiguidade, quando o conhecimento

10 "Para ser professor de Direito não se exige formação jurídica ou didática especial. Basta ter diploma de bacharel nessa disciplina, o que, acoplado ao fato do ensino ser retórico, generalista, humanista e pouco profissionalizante, e as faculdades trabalharem com uma demanda estudantil pouco exigente, todo bacharel é potencialmente professor de Direito. Resulta não somente no ensino de má qualidade, por todos condenado, como no aviltamento do salário profissional" (RODRIGUEZ, 1993, p. 75).

11 "Para que se possa mudar estruturalmente a instância educacional, é necessário mudar-se antes o próprio paradigma dominante de ciência. Só assim dar-se-á o conhecimento a ser transmitido. Esse é o caminho para alterar efetivamente o seu ensino, que é ao mesmo tempo reprodutor e realimentador dos saberes produzidos" (RODRIGUEZ, 2005, p. 40).

ISSN 1679-8902

tecnológico ainda era incipiente e a Filosofia dava seus primeiros passos, não havia sentido em haver a figura pedagógica do educador, muito menos a instituição escolar, tal como é concebida hodiernamente.

Do ponto de vista teórico, a religião, por meio da tradição mitológica, fornecia ao homem todas as explicações do mundo. Já no que tange ao conhecimento técnico, grande parte do que se sabia era basicamente intuitivo ou facilmente apreendido pela imitação ou tentativa e erro. Entretanto, com o avanço da tecnologia, no decorrer do período Clássico[12], observou-se a necessidade do conhecimento agregado – na agropecuária, engenharia, matemática e artes – ser ensinado aos jovens de uma forma mais didática e meticulosa[13]. Foi neste contexto que a escola – como se entende atualmente – teve sua gênese[14] [15].

No que diz respeito ao Império Romano, ao contrário da civilização grega, a educação formal se configurou tardiamente. Devido à escassez de mão de obra escrava, os romanos se dedicavam mais às atividades agropastoris que os gregos. O primeiro resquício do surgimento da educação surgiu na relação doméstica: o conhecimento do varão, relativo a sua atividade

12 Até o período Clássico a educação grega não foi uma soma de técnicas e organizações privadas, orientada para a formação de uma individualidade perfeita e independente – consoante à educação formal coeva. Isto só aconteceu na época helenística, quando o Estado grego já havia desaparecido – período da qual deriva em linha reta a pedagogia moderna (JAEGER, 1995).

13 Até o período Arcaico o trabalho braçal era visto como o único caminho para se alcançar a virtude. Segundo a mitologia grega, o próprio Ulisses – rei de Ítaca – gabava-se ao dizer que colhia mais rápido do que qualquer um de seus escravos (ASSIS; KÜMPEL; SPAOLONZI, 2010). Não obstante, com o aumento da densidade demográfica, os donos das terras mais férteis passaram a adquirir mais escravos. A abundância de mão-de-obra fez com que os senhores se tornassem cada vez mais ociosos, a deixar o trabalho prático para os escravos. As famílias abastadas passaram a não mais admirar a virtude do trabalho braçal, a levar sua atenção para o conhecimento das artes e da Filosofia, que dava seus primeiros passos.

14 Não há dúvida de que os primeiros vestígios das instituições de ensino se iniciaram na Grécia Antiga, por meio de aglomerações que discutiam questões intelectuais – envolvendo Política, Filosofia, Direito e artes. Durante este momento surgem duas instituições de ensino: a oficina de trabalho, para onde vão os filhos dos escravos, dos servos e dos trabalhadores artesãos; e a escola livresca, para onde vão os filhos da elite (BRANDÃO, 1983). Pode-se citar que a Academia de Platão e o Liceu de Aristóteles são os dois mais nítidos exemplos de formação escolar filosófico da história ocidental, a ter em vista reunir com o intuito do preparo intelectual e racional de seus discípulos (BITTAR, 2001; BITTAR, 2006).

15 Não há óbice em asseverar que a educação teórica e militar na Grécia era direcionada apenas para os homens. Na opinião geral, a mulher era destinada exclusivamente a reprodução, criação dos filhos e governança da casa, dada sua natureza materna e fragilidade física (JAEGER, 1995). Não obstante, Platão discordava desse paradigma, a acreditar na capacidade da mulher para cooperar criadoramente na vida da comunidade: “entende-se que as fêmeas dos cães de guarda devem exercer vigilância com eles, como os machos, e caçar com eles, e fazer tudo o mais em comum. Ou deveriam ficar dentro do canil como incapazes, por causa da criação e alimentação dos cachorros, enquanto os machos se esforçam e têm a seu cargo todo o cuidado dos rebanhos?” (PLATÃO, 2010, p. 146).

ISSN 1679-8902

de subsistência era transferido aos filhos homens; enquanto que às mulheres era reservada uma educação voltada a seu futuro uxório (MOMMSEN, 1973).

Para a elite juvenil, somente a partir do período Republicano romano que se pôde observar a influência do modelo grego entre os romanos, onde se tinha o primeiro contato com a retórica, as artes, o Direito e a gramática latina. Neste mesmo período, detecta-se rudimentos da formação do que viria a ser conhecido modernamente por Universidades. Neste sentido, cita-se o Ateneu, que funcionavam como ponto de encontro do conhecimento e do ensino (BITTAR, 2001; BITTAR, 2006)[16].

1.2. Do Medievo

Em resumo, o modelo educacional estratificado se configurava pela educação servil, baseada na técnica agropastoril e artesanal; e na educação senhoril, baseava-se na erudição da retórica, artes, Filosofia e Direito. Este sistema foi bastante eficiente durante o período Clássico e perdurou por toda a Idade Média. Os servos e os burgueses medievais, em geral, aprendiam o ofício pelo qual suas famílias estavam ligadas e exerciam pelo resto de suas vidas[17].

Contudo, após a derrocada da hegemonia romana, surgem paulatinamente os valores cristãos que dão lugar a educação clássica romana. Este novo paradigma cultural se proliferou como uma pandemia por quase toda Europa, clamando pela reforma moral do indivíduo e salvação da alma[18]. A

16 Especificamente sobre o ensino jurídico antigo, entre os romanos, diferentemente do que ocorria com os gregos, o Direito era abordado de outra forma, a possuir um cunho muito mais pragmático que teórico (BITTAR, 2001; BITTAR, 2006). Importa-se ressaltar que foram os romanos que primeiramente organizaram as normas positivas em formato codificado: *Corpus Iuris Civilis* e *Lex Duodecim Tabularum*.

17 Esse saber técnico, pertinente à atividade servil, era absolutamente desnecessário tanto aos pontífices e aristocratas antigos, quanto aos clérigos, nobres e senhores feudais medievais. Por pertencerem a uma sociedade de estratificação imutável, a elite jamais exerceria qualquer atividade relativa ao escravismo: como construção e artesanato. Então, para ela restava o ensino das Artes, da Matemática, da Física e da Filosofia. Esta categoria de conhecimentos teóricos era muito apropriada para eles, uma vez que passariam o resto de suas vidas se dedicando exclusivamente à religião, à governança, à administração de suas terras ou à atividade bélica.

18 Nietzsche é um grande crítico do cristianismo e da moral cristã. Cita-se, pois, a conclusão de *O Anticristo*: “com isso chego ao fim e dou meu veredicto. Eu condeno o cristianismo, eu instauro contra a Igreja cristã a mais terrível das acusações que alguma vez tenha sido feita

ISSN 1679-8902

educação deixou de ser laica, e passou a ser uma preocupação exclusivamente religiosa (BITTAR, 2001; BITTAR, 2006).

Paralelamente à dominação católica europeia, iniciam-se os primeiros grupos de estudos eruditos voltados à Teologia, Filosofia, Direito Canônico e artes. Sem embargo, somente a partir do século XI surgem as primeiras Universidades, a dar origem aos primeiros cursos jurídicos e médicos. Na Itália, considerada a pioneira e mais antiga, a Universidade de Bolonha foi fundada em 1088; consequentemente na França pela Universidade de Paris que foi construída em 1170; e a Univerdade de Oxford em 1096 na Inglaterra[19].

1.3. Da Modernidade

Após praticamente um século de efervescência medieval, o alvorecer do Renascimento[20] trouxe nova ceara ao contexto científico e filosófico, a influenciar diretamente essa estrutura educacional[21]. A partir de então, influenciada principalmente pelo movimento absolutista, os Estados europeus se tornaram cada vez mais independentes e laicos, desvinculados politicamente da Igreja Católica e Protestante.

No que se refere propriamente ao ensino jurídico, o número de Universidade se expandiu para os diversos territórios da Europa. Os cursos de Direito se tornam cada vez mais técnicos e desvinculados do conhecimento religioso. Ademais, com o advento da Revolução Francesa e início da Era Industrial no século XVIII, o ingresso às universidades se tornou gradativamente menos elitista: além da tradicional nobreza, os novos

por um promotor. Pra mim, ela é maior das corrupções imagináveis, ela teve a vontade até para a última das corrupções" (NIETZSCHE, 2008, p. 124).

19 É interessante notar que a Universidade não foi uma iniciativa eclesiástica, monárquica, ou mesmo feudal, em suas origens. A partir de iniciativas de alunos e professores, vindos de várias partes, é que surgem os rumores em torno da necessidade de formação de núcleos de ensino que se autodeterminavam ecléticas em sua formação (BITTAR, 2001; BITTAR, 2006).

20 Segundo Nietzsche o Renascimento representou a ascensão de uma aristocracia intelectual, cujo legado se contrapôs a moral cristã dominante até então: "o que foi o Renascimento? A transvaloração dos valores cristãos, a tentativa, empreendida por todos os meios, com todos os instintos, com todo o gênio, de levar à vitória dos valores contrários, os valores nobres" (NIETZSCHE, 2008, p. 122).

21 *Grosso modo*, no que tange à educação em geral, pode-se dizer que o avanço tecnológico moderno exigiu da classe trabalhadora um conhecimento cada vez mais aprofundado. Desta forma, as escolas de ofício da Idade Média, onde os servos aprendiam as técnicas para trabalho, já não atendiam mais às demandas do mercado. Com o advento da modernidade, o número de escolas se tornou maior e iniciam-se efetivamente as primeiras teorias pedagógicas. É necessário ressaltar que, por meio do processo de laicização estatal, além das escolas de ofício, surgem instituições de ensino desvinculadas à educação e moral cristão.

ISSN 1679-8902

burgueses também puderam se beneficiar. Evidentemente que a população proletária miserável, ainda permanecia excluída da educação universitária – o que só mudou efetivamente a partir do Século XX.

Ora, ao leitor talvez seja de se estranhar que até o momento não se tenha feito qualquer referência ao Brasil. Ocorre que até o século XVIII a educação brasileira era oligopólio dos jesuítas, por óbvio, fortemente influenciada pelos dogmas católicos. Apenas com o Período Pombalino que finalmente ocorre a laicização educacional e o implemento de uma política pedagógica séria (SAVIANI, 2010). É irônico imaginar que enquanto a Europa já caminhava para a *Belle Époque*, o Brasil ainda não tinha formado seu primeiro bacharel[22].

Todavia, apenas em 1827 o Imperador Dom Pedro I ordenou a criação das duas primeiras Universidades no Brasil. Uma na cidade mais rica do Império: Olinda; e a outra no centro de um pobre povoado chuvoso, localizado nas proximidades de grandes latifúndios de cafeicultura: São Paulo[23]. Neste contexto histórico, a Família Real já havia fugido de Portugal, em virtude do bloqueio continental napoleônico, o que levou o Brasil a ser promovido de colônia à reino aliado. A chegada da Família Real trouxe muito mais do que cultura: fortaleceu-se a elite intelectual nacional, assim como a produção artística, científica e filosófica.

A abertura dos cursos jurídicos no Brasil não foi uma decisão inocente e desenraizada de pretensões ideológicas muito bem determinadas. É possível cogitar que tenha sido uma necessidade política do Império frente à crise bélica e econômica portuguesa. Fez-se necessário, então, a criação de uma elite

22 Possivelmente Portugal mantinha um bloqueio ao ensino superior na colônia, assim, não era possível se produzir uma cultura própria, bem como desenvolver qualquer conhecimento científico e filosófico. O retardo educacional no Brasil é tão evidente que é possível apresentar exemplos óbvios, ao ser comparado com outros países latinos, cita-se: em 1553 foi inaugurada a Universidade do México; a Universidade de São Marcos em 1551 no Peru; e Córdoba na Argentina em 1613 (RODRIGUES, 2000).

23 Dom Pedro Primeiro, por Graça de Deus e unanime acclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléia Geral decretou, e nós queremos a Lei seguinte: Art. 1º - Crear-se-ão dous Cursos de sciencias jurídicas e sociais, um na cidade de S. Paulo, e outro na de Olinda (…) Art. 9º - Os que freqüentarem os cinco annos de qualquer dos Cursos, com approvação, conseguirão o gráo de Bachareis formados. Haverá tambem o grào de Doutor, que será conferido áquelles que se habilitarem som os requisitos que se especificarem nos Estatutos, que devem formar-se, e sò os que o obtiverem, poderão ser escolhidos para Lentes (*sic*) (BRASIL, 1827).

ISSN 1679-8902

puramente nacional, na tentativa de uma composição intelectual, burocrática e dominante (BITTAR, 2006)[24].

Quanto aos aspectos pedagógicos, o paradigma de ensino adotado nas Universidades de Olinda e São Paulo – estrutura curricular, modelo de aula, bibliografia e doutrina – foi copiado *ipsis litteris* do modelo universitário coimbrense, o qual já era decrépito para a época[25]. Neste diapasão, muito se criticava sobre o descompasso entre Portugal perante os outros países[26]. Não se deve olvidar que, no período destas críticas, já haviam se passado praticamente cem anos do surgimento das faculdades jurídicas brasileiras. E durante todo esse processo pouco se evoluiu de fato em nível pedagógico e científico.

Já com o início da República Velha, no final do Século XIX, as principais alterações no ensino do Direito foram a influência do positivismo e a criação de novos currículos, na tentativa de dar maior profissionalização aos egressos. Entretanto, continuaram bastante rígidos, sem trazer qualquer alteração estrutural nos cursos jurídicos. Foi nesta época que surgiram as primeiras Universidades particulares, aumentaram-se, pois, a oferta de ensino e possibilidade do ingresso da classe média nas Universidades (RODRIGUES, 1993).

No período da Era Vargas até o Regime Militar se pôde notar a maior expansão quantitativa de cursos jurídicos, sobretudo as Universidades

24 Desde o início do período colonial brasileiro era usual que os filhos das famílias ricas fossem estudar fora do país. Sendo assim, os primeiros intelectuais tiveram sua formação acadêmica na França ou em Portugal. Contudo, pela relação colonial, o mais prosaico era que estes jovens abastados fossem estudar na universidade lusitana de Coimbra. Não obsta asseverar que seu ensino e pedagogia, já considerados obsoletos pelos padrões europeus, foi totalmente incorporado e utilizado como base para as Universidade subsequentes no Brasil.

25 Quando foram criados os cursos, havia a preocupação em focar os estudos nas questões propriamente jurídicas. Existia o temor de que, sem este foco tecnicista e dogmático, os bacharéis saíssem da academia grandes eruditos, porém pouco hábeis à prática jurídica. Ademais, como alhures exposto, não havia nenhuma preocupação pedagógica, a legislação fornecia apenas breves indicações de como os professores deveriam ministrar suas aulas (CERQUEIRA, 2008).

26 Em seu texto "Isto aqui é Coimbrã?", Oswald de Andrade faz severas críticas à perspectiva jurídica brasileira: O vosso mal é um mal coimbrão, um mal portuguez agravado pela nossa situação de colonia-mental. A nossa velha Faculdade, é como a de Recife, apenas um pedaço do projeto escolar, que não foi avante no Primeiro Império e assim reprezou o pensamento brasileiro na bacharelice." (*sic*) (ANDRADE, 1985, p. 76). As críticas de Andadre diziam respeito ao atraso dos conteúdos ensinados. Causado pela permanência do espírito de colônia e a demasiada influência do ensino religioso – jusnaturalismo. A consequência disto foi a falta de produção intelectual e a transformação dos cursos de ciências jurídicas em simples forma de ascensão profissional.

ISSN 1679-8902

privadas[27]. Com tanta oferta de cursos, o anacrônico modelo educacional elitista deu lugar a um modelo mais democrático. O ensino superior, que até então era destinado à classe média e alta, passou a destinar-se também às populações mais baixa[28].

Em relação a tempos menos remotos, critica-se o crescimento vertiginoso do número de cursos, a evidenciar-se depois da década de 1980. Todavia, com tanta abundância de cursos, pouco se preocupou com a qualidade das Universidades. Ora, se é possível censurar os cursos oferecidos pelo Largo São Francisco – no discurso do senso comum, uma das melhores Universidades brasileiras –, dado seu tradicionalismo e metodologia coimbrense, o que dizer das precárias faculdades privadas que se abrem diariamente, muitas vezes com o intuito de ludibriar a classe incipiente pela promessa de ascensão econômica e profissional?

Não é coincidência que a Ordem dos Advogados vem a dificultar o ingresso dos bacharéis por meio de exames cada vez mais complexos e técnicos. Ademais, a falta de prestígio desta classe de trabalhadores está em debate não somente no meio acadêmico, como também na falácia popular. Neste sentido, pode-se averiguar que tudo aponta para a efervescência do que se denomina “crise do paradigma dominante” (SANTOS, 2001), a dar início nesta nova era: a pós-modernidade.

1.4. Das conjecturas da Pós-Modernidade

Mormente após a Revolução Francesa, mudanças no cenário político e econômico do ocidente passaram a ser analisadas pelos críticos da Sociologia como o início de um novo momento histórico. Decidiu-se chamar de Pós-Modernidade o período posterior ao final do Século XIX, a designar um estado de evolução científica, filosófica e artística de ruptura com a modernidade

27 No período de 1930 a 1972, muito pouca coisa mudou em nível qualitativo no ensino do Direito. Houve, contudo, uma proliferação muito grande de cursos de Direito por todo país, a ampliar o acesso para eles por parte da classe média. As reformas efetuadas buscaram novamente dar um caráter mais profissionalizante aos cursos e mantiveram a rigidez curricular.
28 Pode-se perceber paulatinamente a partir da segunda metade do século XX a mudança no perfil universitário do Direito, no que se refere a quantidade de matrículas: ano de 1960 foram realizadas 93.202 matrículas; o número dobra na década de setenta; a chegar a 1,5 milhão na década de oitenta (BITTAR, 2006).

ISSN 1679-8902

(LYOTARD, 1993). Do ponto de vista paradigmático, os processos históricos do Século XX, no que se refere ao evidente avanço tecnológico, a rapidez no fluxo de informações e o fenômeno da globalização, apontam para uma notória agitação de ordem moral, econômica e política[29].

Neste sentido, como pensar a atual situação do ensino jurídico no Brasil? Segundo Bittar (2006), o Brasil está longe de ter um modelo educacional arrojado. Em relação à sua estrutura, pode-se dizer que os cursos não são desenvolvidos a partir de práticas pedagógicas direcionadas, mas a partir de uma tradição elitista e dogmática de Direito, derivada do modelo imperialista. Soma-se a isto o sucateamente das instituições de ensino, privadas e particulares; a formação docente retardada, a respeito da bagagem teórica, produção acadêmica e conhecimento pedagógico; somado ao baixo investimento em pesquisa e extensão por parte do Estado e das próprias instituições de ensino.

O modelo educacional positivista e a formação tecnicista[30] ainda são muito observados no ambiente acadêmico. O educando é ensinado a decorar dispositivos legais, conceito doutrinários e jurisprudenciais, enquanto que a capacidade crítica e interpretativa é subjugada. O Direito é ensinado de forma dogmática, por meio de uma concepção derradeira e tradicional. *Grosso modo*, esta estrutura possibilita que o bacharel recém-formado se torne um operador do Direito sem a necessária visão e reflexão da realidade global.

Dessa forma, a educação deve primeiramente preparar o educando para sua emancipação, a não se apegar simplesmente na memorização de normas, teorias e fórmulas abstratas dos problemas sociais. É ululante que o Estado deve fomentar recursos de políticas de melhoria educacional, sem embargo, isto não deve ser encarado como problema unicamente estatal. Por definição, é precípuo dever do educador criar condições para conscientização

29 Segundo Santos (2001), o paradigma se refere a um esquema global de algumas hipóteses de base sobre as quais cada época científica baseia as suas orientações e valores. Não obstante, com o tempo, este modelo se torna obsoleto e não responde mais as demandas e exigências da sociedade: cria-se então a crise do paradigma dominante. No caso do modernismo, este momento crítico deu início, pois, a um novo momento científico.

30 A racionalidade técnica não colabora para a melhoria das condições de análise da atualidade. Em poucas palavras, ela é a linguagem da própria dominação, e não condição para a sua libertação. Assim, um bacharel altamente especializado em Direito Processual Civil geralmente é insuficientemente preparado para a análise dos quadros de conjuntura social, política e econômica (BITTAR, 2009).

ISSN 1679-8902

do educando, por meio da análise de uma responsabilidade individual ante os destinos coletivos futuros (BITTAR, 2009).

Nesse diapasão, a ter em observação o precário cenário educacional e a anacrônica concepção jurídica do Brasil, como cogitar formas alternativas de educação, quer na figura do educado, quer na figura do educando? No tange ao objetivo do presente trabalho, ressalta-se, todavia, que por hora não se fala em uma forma alternativa de prática pedagógica ou modelo a ser implantado. O foco desta pesquisa partiu na propositura de uma revaloração educacional de ordem filosófica. Esta nova concepção de educação tenta trabalhar as potências individuais de superação, emancipação e crítica. Em última análise, esta nova forma de pensar a educação jurídica aponta para a dimensão mais sublime de cada protagonista.

2. Da educação aristocrática

2.1. Dos gregos à filosofia de Nietzsche: a caracterização do aristocrata[31]

Em linhas gerais, toda aristocracia aponta para o elitismo de determinado grupo. Esta consideração decorre da estratificação de determinada sociedade em dois blocos distintos, quais sejam: o rebanho, cuja mediocridade fê-los tornar homogêneos em meio a grande massa; e os aristocratas, cujo escoismo fê-los tornar demasiadamente distintos e superiores à massificação[32]. Esta distinção não pretende aniquilar a educação para as massas. No fundo, a massificação é a base para o desenvolvimento de uma concepção educacional que tem, no horizonte, a busca da excelência de cada um.

31 Nietzsche defende uma elite intelectual, porém, é evidente que isto não pode ser analisado de forma nefasta, com o propósito de subjugar ou erradicar determinado grupo em virtude de sua inferioridade. "*For Nietzsche, one's ancestry, race, and ethnicity play a significant – although neither decisive nor fixed – role in one's constitution. By no means are such factors the only or absolutely determining ones. To be sure, Nietzsche is a radical elitist; but he is neither a crude racist nor a proponent of something like racial purity as might be espoused by those he would otherwise consider plebeian and resentment-driven: such as self-described 'aryans' or 'white supremacists'*" (ONGE, 2011, p. 12).

32 O aprisionamento do homem significa, em primeiro lugar, o estado de distanciamento de suas potências intelectuais e afetivas. Massificação, então, designa a generalização da inação racional do indivíduo em sociedade, que produz o vulgo. Em outros termos, quando muitos indivíduos agem sem um cuidadoso uso da razão, pode-se dizer que a massificação está presente (MENDONÇA, 2011 A).

ISSN 1679-8902

Nesse raciocínio, é possível dizer que a análise etimológica do vernáculo "aristocrata" reforça essa afirmativa de superioridade. O vocábulo grego *άριστος* – onde se lê "aristós" – representa a ideia de um indivíduo diferenciado: melhor que os demais, aquele que se destaca entre muitos, o que se diferencia do prosaico, a esquivar-se da massificação e do nivelamento (MENDONÇA, 2009; DICIONÁRIO ACADÊMICO, 2009).

Utilizando-se dessa terminologia grega de superioridade, o excelso filósofo alemão Friedrich Nietzsche tratou o termo com o fim de revalorar a questão da aristocracia[33] [34]. Conforme sua própria filosofia, não é possível estabelecer um conceito derradeiro a respeito do aristocracismo – nem de qualquer outro ser[35]. Porém, de acordo com sua concepção, é possível argumentar que este homem de excelência representa um indivíduo de intelecto nobre, capaz de refletir sobre o mundo de forma verdadeiramente insigne[36]. Neste pensamento, torna-se necessário citar que:

33 "O que é aristocrático? Que sentido a palavra aristocrático pode ter ainda hoje? Onde se releva, em que se reconhece o homem aristocrático, sob o céu pesado e ameaçador desta nascente supremacia do vulgar, este céu que tona todas as coisas opacas como chumbo? Não são as ações que indicam isso – as ações são sempre ambíguas, sempre insondáveis –; não são também suas obras. Atualmente, podemos encontrar muitos artistas e eruditos, cujas obras denunciam um profundo desejo de valores aristocráticos, mas é precisamente este desejo que é radicalmente diferente das necessidades do espírito aristocrático, e constitui o sinal eloquente e perigoso da ausência de um espírito assim disposto. Aqui, não são as obras que decidem e fixam a hierarquia, mas a fé, para retomar uma velha fórmula religiosa num sentido novo e mais profundo: alguma certeza íntima inerente à alma aristocrática, algo que não se pode procurar, nem achar, nem talvez perder – a alma aristocrática tem respeito por si" (NIETZSCHE, 2007 B, p. 314).

34 "*In contrast to modern political theorists, Nietzsche does not desire the appeal of the multitudinous* people*; nor does he require their consent. The first Nietzschean political premise is one of basic, ineluctable inequality. He is a conscious aristocrat addressing himself to future aristocrats of politics and culture, a wide gulf separates the ruling caste from the ruled; the few leaders from the mob, as it were – not the consent of governed but their submission is all that is required*" (ONGE, 2011, p. 10).

35 "Convicções são inimigas da verdade mais perigosas que as mentiras" (NIETZSCHE, 2005, p. 239). Homens com convicções não entram absolutamente em consideração quando se trata de tudo aquilo que é fundamental em questões de valor e desvalor. Convicções são prisões. O homem de fé, o crente de qualquer espécie, é necessariamente um homem dependente – alguém que não pode colocar a si mesmo como fim, que não pode absolutamente colocar fins a partir de si mesmo. O crente não pertence a si mesmo, pode ser apenas meio, precisa ser consumido, precisa de alguém que o consuma. O crente não é livre para uma consciência acerca do verdadeiro e do falso. Contudo, muitas coisas só se alcançam mediante uma convicção. A grande paixão necessita de convicções, consome convicções, mas sem se sujeitar a elas (NIETZCHE, 2008).

36 "*Nietzsche is interested principally in a very few: the genius and the great human beings – the best and most fruitful people. The genius is here understood by Nietzsche as the most high-spirited, most lively, and most world-affirming human being, an intellectually superior human being with an immediate, almost superhuman insight into the deepest meaning of things. Likewise, the great human being is a specimen of the highest spirituality. The genuine*

ISSN 1679-8902

> "Uma aristocracia se define pela independência, auto-referência e autodomínio dos seus membros em relação a todos os outros homens, que são escravos e devem trabalhar como instrumento dela. (…) Esta nova nobreza se define então pelo distanciamento e oposição ao populacho, para quem todos são iguais e não há homens superiores (MELO SOBRINHO, 2007, p. 55)."

Ainda na tentativa de caracterizar esse seleto grupo de indivíduos, não há óbice em dizer que seus integrantes possuem seus espíritos livres, logo: são senhores de seus atos e não se submetem aos valores da moral dominante (NIETZSCHE, 2007 B)[37]. O que significa dizer que os aristocratas não se submetem à moral vigente, nem aos valores culturais impostos socialmente. Ao avesso da grande mediocridade coletiva, estes homens de excelência revaloram as concepções sociais, a criar novos valores morais e éticos, a torná-los mais convenientes para seu magnificente estilo de vida[38].

É possível asseverar que a exaltação da figura do aristocrata, realizada por Nietzsche, utiliza-se, em última análise, de um parâmetro intelectual. Sendo assim, a atividade de excelência necessariamente pressupõe uma autopsia. Uma vez que é indispensável que o indivíduo conheça a si mesmo, a ter o máximo de conhecimento de suas limitações subjetivas e possibilidade exteriores. Além disto, são indispensáveis dois aspectos, quais sejam: superação e crítica[39].

---

philosopher the greatest kind of genius according to Nietzsche is the peak of nature" (ONGE, 2011, p. 15).

37 Segundo Nietzsche (2000; 2007 C), os valores são criados ao alvedrio da elite cultural e incorporados pela sociedade, ou seja, os valores são introduzidos na sociedade pelas castas superiores e obedecidos pelo rebanho. Esta elite nem sempre representa a aristocracia tratada neste trabalho, uma vez que aqui se trata apenas da concepção aristocrática, ela pode representar também os detentores do poder, os governantes e os religiosos, por exemplo. Em suma, é o próprio homem que conscientemente cria seus valores segundo suas necessidades e anseios. A este respeito, dado que os valores são incorporados pela elite, discute-se na filosofia de Nietzsche até que ponto os aristocratas têm autonomia sobre esses valores. Em outras palavras, em que medida os aristocratas estão imunes à influência dos valores do que é bom e do que é mal. De acordo com esta filosofia, o aristocrata teria capacidade de criar seus próprios valores, ou seja, revalorar os valores sociais.

38 A aristocracia de Nietzsche é então uma nova classe de homens superiores, afastados da religião, da política e dos valores morais vigentes. O seu aristocratismo está fundado na ideia de que os homens são desiguais: guias e rebanhos, homens completos e homens fragmentados, homens bem-sucedidos e homens fracassados (MELO SOBRINHO, 2007, p. 55).

39 Segundo o legado nietzschiano, fala-se de forma plural dos aspectos de autossuperação, superação, autocrítica e crítica do indivíduo, como se na prática houvesse diferença. Enquanto a superação e crítica representaria uma relação com o outro, a autossuperação e autocrítica significaria um processo de autopsia. Entretanto, parece equivocado, numa prespectiva lacaniana, uma vez que não há diferença prática entre o *ego* e o outro. Assim, de maneira geral, os sentimentos de dificuldades e limitações do indivíduo – *ego* – estão sempre ligados ao olhar do outro (LACAN, 1995; LAPLANCHE; PONTALIS, 2000).

ISSN 1679-8902

Segundo os apontamentos do filósofo de Sils-Maria, o homem moderno está acomodado a responder passivamente aos processos sociais, políticos e econômicos do mundo. Sua mister preocupação se refere ao modo como o homem hodierno se comportava de forma passiva em relação aos valores, a tornar evidente seu adormecimento intelectual[40].

Neste sentido, a filosofia desenvolvida por Nietzsche se refere a essa superação[41], não como uma forma de mudança e melhoria da condição humana por meio de substância definidas e uma teleologia absoluta, mas, diferente disto, a superação que nasce da vontade de potência, isto é, das forças internas e externas que permitem a contínua revaloração de valores, onde paulatinamente o indivíduo se aproximaria do modo de vida aristocrático. A busca da excelência pressupõe, assim, o contínuo movimento de alteração da condição atual, o que se distingue do comodismo em que se encontra a grande massa.

O homem comum vive a dormir, possuído por ilusões desta sociedade de consumo – ilusões do ter, do possuir, fugindo igualmente das ilusões do perder, do deixar de ter. A alteração do estado de ser de cada indivíduo indica a necessidade de se tornar outro homem: sujeito a criticar-se continuamente, a alterar-se e a construir novos valores. Observa-se, pois, que superação e crítica estão intimamente ligados, visto que aquela pressupõe a árdua tarefa desta (MENDONÇA, 2009)[42].

40 De acordo com as ideias de Nietzsche, por adormecimento se entende a falta de percepção da vontade de potência, das forças em oposição, de construção e de destruição. Em linhas genéricas, segundo Heráclito, a sociedade está dormindo e, embora este autor tenha escrito para os seus concidadãos do século V a.C., Nietzsche atualizou a ponderação para a Alemanha do século XIX, e a metáfora se aplica para os dias de hoje – afinal, o homem continua adormecido na sociedade (MENDONÇA, 2009).

41 A superação sugerida pelos pensadores racionalistas dizia respeito a uma concepção de homem e de mundo balizada no contexto da transição da Idade Média para a Moderna. Anteriormente, a verdade era tida como revelada por Deus, e a Igreja Católica determinava a ordem do mundo. Superação, nesse contexto, dizia respeito à tentativa dos pensadores em serem protagonistas do conhecimento e não mais se submeterem à aceitação da autoridade divina na esfera cognitiva. A emergência da ciência moderna, as grandes navegações e outras inovações produziram um momento de incertezas (MENDONÇA, 2009).

42 Não se imagina a busca da excelência, do que se tem de melhor, sem que se tome plena consciência do que se é e sem que se considere todas as implicações decorrentes desta tomada de consciência, a incluir também a degradação, a degeneração e a corrupção. Em última análise, trata-se da busca do que se tem dentro de si mesmo. A busca de si é o núcleo da autocrítica e da autossuperação, que inclui a tarefa de *revaloração* em relação àquilo que se é. É nesse sentido que se aborda a busca da excelência em *Para Além de Bem e Mal* para uma vida aristocrática (MENDONÇA, 2009).

ISSN 1679-8902

É notório que a questão da aristocracia é bastante complexa, consoante a própria filosofia nietzschiana. Inobstante a isto, por hora, tentou-se apenas apresentar de forma introdutória o que se entende por essa busca da excelência. Ademais, ressalta-se que a aristocracia representa uma tentativa de exacerbação deste grupo humano, a apontar para uma classificação de ordem intelectual. Neste sentido, como Nietzsche classifica os indivíduos que não representam essa aristocracia?

2.2. Da aristocracia em oposição à massificação: a caracterização da sociedade de rebanho.

Muito se tem comentado e produzido no meio acadêmico, mormente na Antropologia e na Sociologia, a respeito da gregaridade e do instinto humano de se viver em sociedade. Fato é que este assunto já era debatido desde os tempos mais remotos da filosofia antiga[43]. Todavia, a utilizar-se de um viés evolucionista, analisa-se que desde os tempos primitivos o homem sempre viveu em um contexto coletivo. Pela própria característica de mamífero, entende-se que a vida em sociedade é mais do que um instinto, é uma condição essencial para sua sobrevivência, a ser inconcebível a existência de um homem absolutamente fora da sociedade humana.

Não obstante, esta característica social e instintiva humana não é o foco da crítica Niezschiana a respeito do rebanho. Na realidade ele se refere ao extremo desta gregaridade, onde reside o próprio afastamento da individualidade, a tornar o homem uma figura passiva[44] [45]. Segundo o próprio filósofo alemão, esse estado amariçador pode ser entendido como um retrocesso intelectivo, um evidente retorno a sua gênese animalesca. Para esta demasiada e nefasta massificação, Nietzsche dá o nome de sociedade de rebanho.

43 Na retórica aristotélica havia se observado a necessidade do homem de viver em grupo, daí sua célebre frase: o homem é um ser social (ARISTÓTELES, 1998, p. 18).

44 "O rebanho é o modo e a condição de existência do homem moderno: o rebanho é a massa. O rebanho moderno é o resultado da exacerbação do antigo e originário instinto gregário – o instinto animalesco de bando –, quer dizer, a sociedade de massa moderna é o instinto gregário levado até as suas últimas consequências" (MELO SOBRINHO, 2007, p. 21).

45 "A gregaridade não nasceu da espontaneidade de um instinto social colocado no homem pela natureza, mas de uma obrigação imposta pelas castas dos mais fortes pelo medo da morte que sobreviveria caso os homens não estabelecessem uma associação diante de um perigo comum" (MELO SOBRINHO, 2007, p. 13).

ISSN 1679-8902

Consoante aos apontamentos nietzschianos, é plausível conceber a ideia de que o rebanho nada mais é que uma massa, um conjunto de homens que, por pensarem e agirem de forma homogênea, transformaram-se em um único grupo. Os componentes deste grupo se tornaram seres totalmente dependentes uns dos outros. Eles não pensam de forma crítica, não têm uma opinião sobre si mesmos, muito menos a capacidade da autopsia sobre seus atos.

Com efeito, pode-se supor que esta concepção nefasta de rebanho é um instinto inerente à própria condição de espécie humana[46]. Ressalta-se que sua principal característica é a obediência com que este tipo humano se relaciona com os valores culturais impostos. Segundo a metáfora nietzschiana, o rebanho segue seu pastor assim como o homem segue os valores impostos: a não refletir sobre seus atos e sentimentos[47]. Pertencer ao rebanho representa, pois, a própria incapacidade e submissão aos domínios da moral. Neste sentido, será plausível pensar na aristocracia e na sociedade de rebanho como intercessões à educação?

2.3. Da superação enquanto meio à excelência: a educação aristocrática

Em prolixa perspectiva, em reverência ao legado nietzschiano, entende-se que a aristocracia e a sociedade de rebanho representam uma classificação entre os indivíduos segundo critérios intelectuais. A superação e a crítica se tornam elementos essenciais nesta diferenciação, visto que, ao avesso do rebanho, o aristocrata está em inquietante processo de transformação na busca em se tornar cada vez melhor.

46 Na mesma trincheira, segundo o próprio filósofo alemão: “desde que houve homens, houve também rebanhos de homens – associações de famílias, comunidades, tribos, povos, Estados, Igrejas – e sempre muito obedientes em comparação com o pequeno número daqueles que mandam. Considerando, portanto, que a obediência que foi até o presente melhor e por tempo exercida e ensinada entre os homens, pode-se facilmente supor que, de um modo geral, cada um possui agora a necessidade inata dela, como uma espécie de consciência formal que ordena: deves absolutamente fazer tal coisa, deves absolutamente não fazer tal outra” (NIETZCHE, 2000, p. 109).

47 Essa ideia de sociedade de rebanho representa a grande maioria da população. Assim, a relação que existe entre este grupo social e o rebanho está na forma homogênea em que estes animais obedecem ao pastor e caminham na mesma direção: comportamento gregário. Os homens deste substrato social representam, pois, a mediocridade coletiva (AZEREDO, 2008).

ISSN 1679-8902

Porém, em nenhum momento Nietzsche se inclina a uma relação entre a aristocracia e a educação[48]. Suas explanações a respeito da vida de excelência sempre são abrangentes, a alcançar todos os aspectos da vida. A relação entre o aristocracismo e a educação se desenvolveu incipientemente pelos trabalhos do professor Mendonça (2009), decorridos de sua tese de doutoramente na Universidade Estadual de Campinas. O mesmo autor assevera que:

> "Em contraposição à educação de rebanho, a educação aristocrática privilegia a dureza e expurga a igualdade. Mais que isso, a educação aristocrática toma como parâmetro o homem que foi capaz de abrir seus olhos e consciência para revalorar os valores" (MENDONÇA, 2009, p. 131).

Dessa arte, é plausível ressaltar que a educação aristocrática[49] representa o contrário do ideal de igualdade e democracia[50] [51] [52], uma vez que trabalha as potências individualmente, a brindar esta possibilidade de se tornar

48 Os únicos texto específicos sobre educação escritos por Nietzsche são: *Sobre o futuro dos nossos estabelecimentos de ensino* e *Schopenhauer como educador*. Contudo, em diversos momento o filósofo defende a ideia de uma educação superior, baseada na ideia de oposição à massa: "toda educação superior pertence a uma exceção: é preciso ser privilegiado para ter direito a um privilégio tão elevado" (NIETZSCHE, 2009, p. 71).

49 A educação aristocrática em Nietzsche nasce de seu aristocratismo, na acepção de pertencer a uma elite, ser de uma exceção. Assim, fica excluída de imediato a possibilidade de uma educação vulgar por meio da aristocracia. O ponto de partida da educação aristocrática em Nietzsche é a vida aristocrática, que se efetiva por meio da superação e crítica. Ademais a educação aristocrática se contrapõe à sociedade massificada, o que não significa dizer que se trata de alternativa messiânica para o aprisionamento do homem no mundo. Esta educação é reservada sobretudo para o filósofo, da mesma forma que para os adormecidos existe a educação de rebanho (MENDONÇA, 2009).

50 A crítica de Nietzsche à democracia aproxima-se da crítica ao princípio de igualdade, uma vez que democracia e igualdade dizem respeito ao nivelamento das condições humanas como enquanto enfraquecimento do indivíduo. Aliás, Nietzsche afirma que não existe veneno mais tóxico para o humano do que a igualdade. Assim, a democracia atua sobre as massas e estabelece a igualdade como parâmetro ao nivelamento do desenvolvimento individual (MENDONÇA, 2011 B). Com base neste argumento, cita-se Nietzsche: "aos iguais, tratamento igual, aos desiguais, tratamento desigual, esta deveria ser a verdadeira divisa da Justiça" (NIETZSCHE, 2007, p. 156).

51 A ser uma educação em oposição a igualdade e ao nivelamento, ela se torna contrária a própria ideia de democratização. De acordo com Mendonça (2009), a crítica de Nietzsche à democracia se aproxima da crítica ao princípio de igualdade, uma vez que democracia e igualdade dizem respeito ao nivelamento das condições humanas como tema do enfraquecimento do indivíduo. O filósofo alemão ainda afirma que não existe veneno mais tóxico para o humano do que a igualdade.

52 "Nietzsche's argument starts from the fact that humans are by natural different, and this proves to means that they are 'by natural' of unequal rank. People are unequal with particular regard to their innate power; more specifically with respect to their ability or capacity to acquire knowledge, virtue, health, and transfigure such endowment and acquisitions into supreme creative possibility. The inequality, which is due to nature, chance, and luck, is increased and depend by cultural habituation – Bildung – and the form of education in which different tiers of people are segregated" (ONGE, 2011, p.11).

ISSN 1679-8902

melhor[53]. Assim, este tipo de educação propicia o desenvolvimento da capacidade emancipatória do homem, por meio da superação e crítica. Em última instância, ela atua no estímulo do virtual filosófica de cada indivíduo[54].

De outra banda, nota-se que, enquanto a educação de rebanho – ou seja, a educação presente na sociedade de rebanho – privilegia o adormecimento do indivíduo e o enfraquecimento de suas potências individuais, no decurso da massificação e nivelamento; a aristocrática sugere a capacidade crítica como aspecto primordial para a superação e crescimento intelectual do indivíduo. Neste tom, será possível aglutinar o enraizamento desta educação de excelência ao ensino jurídico no Brasil?

3. Do ensino jurídico e da educação aristocrática

3.1. Do Direito: dogmatismo e crítica jurídica

A dogmática é utilizada no sentido doxical – *δόξα* – para representar, de forma negativa, alguma ideia ou atividade aceita de forma derradeira, de igual maneira como ocorre nas crenças religiosas. Contudo, este sentido comum não se distancia tanto de seu sentido mais polido, uma vez que, segundo a definição filosófica: "o dogma aponta para uma opinião ou crença" (ABBAGNANO, 2007, p. 292).

Entrementes, em que pese a busca de sua gênese na etimologia, pode-se averiguar que o referido substantivo possui ascendência grega, a

53 Como resultado da educação aristocrática, o homem deixará de ser pequeno e mesquinho, e isso partirá de sua vontade. Trata-se, assim, da vida solitária, que proporciona ao indivíduo, por meio da solidão, o contato dele consigo e a experiência de superação de seu estado de massificação e adormecimento. A educação aristocrática aponta para a grande individualidade, em contraposição à maioria das pessoas. Há outros elementos que justificam o adormecimento do homem no mundo; contudo, a sinalização feita até o presente parece-nos suficiente para evidenciar o nascedouro da educação aristocrática em Nietzsche. Paradoxalmente, a educação aristocrática é pensada também a partir da educação de rebanho. A "cegueira" da educação de massa anuncia a busca da solidão, na medida em que o aristocrata opta pela vida solitária, que se contrapõe ao rebanho (MENDONÇA, 2011 A).

54 Fala-se em potência filosófica pois a Filosofia, por definição, aponta para uma reflexão e uma visão crítica do Universo. Enquanto o cientista analisa seu objeto de forma microscopica; o filósofo observa de longe, a relacionar o objeto com os demais elementos cósmicos. É neste sentido que se pode conceber a ideia da Filosofia como auxiliar da educação, na busca da excelência. Destarte, segundo Mendonça (2009), se a tarefa da Filosofia é promover a crítica do mundo e do próprio sujeito, pode-se concluir que a educação aristocrática diz respeito também à Filosofia enquanto tal. Conclui-se, pois, que o pensamento filosófico é tradicionalmente aristocrático e, assim, a tese da educação aristocrática que aqui se formula indica o surgimento de filósofos capazes de revalorar os valores vigentes.

ISSN 1679-8902

originar-se do termo grego *δόγμα* – onde se lê *dókia* –, a remeter a ideia de tudo aquilo que é aparente. Esse termo, por sua vez, deriva do verbo *δοκέω* – o qual se lê *dókeo* –, a dar a ideia de pensar, supor, imaginar e criar (DICIONÁRIO ACADÊMICO, 2008, p. 253).

Na referência à dogmática jurídica propriamente dita, é possível asseverar que esta se contrapõe a qualquer possibilidade de reflexão ou crítica. Logo, sob o prisma do dogma, o Direito se torna uma ciência estante, onde os conceitos doutrinários, as jurisprudências, o costume e a própria lei são tomados como verdades absolutas, onde não há espaço para o questionamento e a propositura de novas concepções.

De outro lado, quando o principal compromisso de uma ciência é com a descrição de uma realidade, ela tem que deixar os seus conceitos fundamentais sempre abertos à discussão e, portanto, ela pode ser classificada como ciência crítica. Entretanto, determinados tipos de conhecimento não se limitam à singela descrição da realidade. Isso acontece particularmente no estudo dos sistemas normativos – Direito, ética e religião –, na medida em que esses conjuntos de regras têm como principal objetivo orientar a conduta das pessoas (COSTA, 2001). Neste caso, não há como se perder totalmente seu caráter dogmático. No caso do Direito, observa-se que sua própria essência é enunciativa e imperativa, *grosso modo*, ela regula o comportamento humano.

Por hora, já se conclui que, por definição, não é possível a concepção de um Direito absolutamente desprovido de dogmática. Porém, como será exposto alhures, o cerne desta pesquisa é refletir sobre soluções ao operador do Direito que, invariavelmente, encontra-se incomodado com a maneira como ele é estudado. Neste sentido, um exemplo clássico do aspecto crítico no Direito vem do seguinte exemplo:

> "Sócrates estava sentado à porta de sua casa. Neste momento, passa um homem correndo e atrás dele vem um grupo de soldados. Um dos soldados então grita: agarre esse sujeito, ele é um ladrão! Ao que responde Sócrates: que você entende por "ladrão"?" (FERRAZ, 1994, p. 40).

O que se salta aos olhos nessa citação é a presença de uma forte resistência em aceitar uma questão previamente estabelecida, a qual, *a priori*, não deveria ser passível de qualquer questionamento. Sócrates cogita a

ISSN 1679-8902

respeito do significado do termo “ladrão”, que na perspectiva dos soldados era algo tão óbvio que seria impossível de ser questionado. Porém, em que medida isto remete à educação jurídica brasileira?

> “Os cursos jurídicos têm, desde a sua implementação no Brasil, como característica marcante a transmissão de um conhecimento reproduzido e sem grandes inovações, tendo como finalidade preparar um profissional do Direito estritamente tecnicista, refém do sistema normativo codificado como se essa fosse a essência do direito” (CERQUEIRA, 2008, p. 241).

Nessa premissa, diante do contexto histórico tardio e elitista em que se desenvolveu o ensino, jugado aos evidentes e inúmeros equívocos ainda bastante arraigados neste sistema, não é de se estranhar o esquálido cenário da educação jurídica no Brasil. Assim, dado que o simples objetivo deste trabalho é a reflexão e – quiçá – uma corroboração, na tentativa de apontar uma plausível solução de ordem filosófica a respeito deste sistema, pergunta-se sobre a possibilidade prática da educação aristocrática no ensino jurídico.

3.2. Da *práxis* aristocrática: perfil do educador e educando

Sobre a relação da dificuldade do educador e a fragilidade da educação, a fazer um paralelo entre a figura daquele e do analista, Sigmund Freud escreveu certa vez que existem três funções impossíveis de serem exercidas: governar, analisar e educar[55]. O homem é um ser tão complexo e idiossincrático que é impossível estabelecer um padrão, a delimitar um sistema de comportamento que leve a resultados sempre iguais ou aproximados.

Assim como a inaptidão do analista e do político, é prosaico que se critique a qualidade da educação. Dessa forma, muito se assegura a respeito do descaso estatal no sucateamento das instituições de ensino, assim como a proliferação vertiginosa dos cursos particulares; fala-se também do legado

55 This may well have been the reason why Sigmund Freud identified education as one of the three “impossible professions” - the other two being government and psychoanalysis – “in which one can be sure beforehand of achieving unsatisfying results’”. But whereas some would see the weakness of education as something that ought to be overcome, I wish to argue that the weakness of education is actually something that belongs to education and is proper to it. This means that, if we fail to acknowledge the fundamental weakness of education, we run the risk of forgetting what may well matter most in our education endeavors (BIESTA, 2009, p. 354).

ISSN 1679-8902

baicharelesco coimbrense e do funesto tradicionalismo ainda presente; tão pouco se pode olvidar da frugal formação docente e sua parca produção científica.

De outra banda, como já explorado algura, o educador de excelência tem como características essenciais a capacidade crítica e a superação como meta, tendo em vista que são marca da educação aristocrática. Portanto, a busca da excelência, não depende de um modelo educacional, muito menos deve ser confundida com uma diretriz pedagógica. Em última instância o desenvolvimento da aristocracia depende apenas do próprio sujeito.

A educação aristocrática propõe o desenvolvimento das potências de forma individualizada, baseada na superação e capacidade crítica; diferentemente da educação de massas, que se fundamenta na ideia de nivelamento. Assim, dado que esta educação de excelência depende única e exclusivamente do indivíduo, de pouco importa a qualidade geral das instituições. Nesta linha, o que de fato influencia a aristocracia é o desenvolvimento de um pensamento superior e a consciência de que é possível seu aprimoramento.

Tanto o educador quanto o educando devem considerar o rigor e a dureza consigo como características para sua vida aristocrática. A inquietudo e a insatisfação com a educação de rebanho imposta também pode ser outro fator importante, a estar diretamente ligada à consciência de sua altivez. Ademais, o educador de excelência deve tornar a vida acadêmica sua prioridade profissional; ao passo que o educando deve se dedicar o máximo que puder a sua função de incipiência. Em suma, assim como no caso do filósofo, aquele que busca a aristocracia também é o amigo do saber.

Neste diapasão, no que intersecta à prática jurídica, a educação aristocrática se torna realidade na medida em que o operador do Direito, em consonância com a filosofia nietzschiana, torna-se crítico ao próprio dogmatísmo. Do mesmo modo, uma vez que o Direito tem um caráter dogmático por essência, esta crítica à dogmática jurídica configura a própria insatisfação ao modelo. Em extrema análise, esta reflexão sobre o Direito já aponta para a própria aristocracia.

ISSN 1679-8902

Considerações finais

A ter em vista que os primeiros cursos superiores só se iniciaram no século XIX, pode-se dizer que a ascendência jurídica no Brasil revela fortemente um inequívoco reflexo da falta de maturidade científica e filosófica. Sem embargo do incipiente desenvolvimento educacional, não pode-se deixar de ressaltar que os cursos de Direito já começaram se utilizando da influência do tradicional modelo bacharelesco da Universidade de Coimbra. Outrossim, as parcas políticas educacionais coevas de incentivo à pesquisa e a formação dos professores são, praticamente, nulas. São fatos como estes que, somados ao grande florescimento de cursos jurídicos e a consequênte saturação do mercado de trabalho, favoreceram para o desprestígio desta nobre classe. Destarte, refletir sobre alternativas à educação jurídica no Brasil se torna mais do que relevante, visto que o atual modelo de ensino, igualitário e democrático, pouco tem auxiliado neste processo.

É importante asseverar que, em absoluto, esta nova forma de se pensar a educação deve ser entendida como um modelo educacional, a tal ponto de poder ser padronizado e difundido entre todos os profissionais da educação. A educação aristocrática se constitui exatamente pela oposição entre os modelos derradeiros, seu viés filosófico e individualista propõe que tanto o educando quanto o educador possam desenvolver seus potenciais de forma solitária, superando-se gradualmente. Tornar a educação aristocrática um modelo educacional que vise à igualdade e a democracia, seria o mesmo que destituir totalmente sua essência, rebaixando-a ao nível dos modelos pedagógicos já existentes e, *mutatis mutandis*, ineficientes. Como resultado, a presente pesquisa pretende influenciar alunos e professores a buscarem sua excelência de forma autodidata.

Em seu diapasão, pode-se dizer que a educação aristocrática surge da filosofia de Nietzsche como uma plausível alternativa ao contexto educacional hodierno, o qual clama por respostas e soluções frente a esta crise paradigmática sem precedentes. Deste modo, diante da insatisfação perante à educação de massas imposta e do caótico cenário profissional do operador do Direito, pode-se pensar na aristocracia enquanto uma ferramenta propulsora,

ISSN 1679-8902

em última análise, objetivando a revaloração da educação jurídica, a tornar educandos e educadores indivíduos críticos, capazes de não apenas refletir o Direito enquanto teoria abstrata, mas em sua própria técnica e prática.

In summa, por meio do legado nietzschiano, no que se refere à emancipação por meio da superação e da capacidade crítica, a educação aristocrática aplicada nos cursos jurídicos se torna um plausível subterfúgio intelectual de ordem filosófica aos operadores legais. Para tanto, é mister possuir a consciência e a certeza da fundamental importância da mais crítica formação no Direito para, enfim, gerar o crescimento individual. Somente após a formação de indivíduos efetivamente conscientes de sua importância social e profissional, enquanto pensadores aristocratas e analista de sua mesma aristocracia, que será possível cogitar a possibilidade de se criar tal excelso grupo. Longe de oferecer elementos derradeiros sobre a educação aristocrática e mesmo em relação ao ensino jurídico, no entanto, é possível observar a relevância desta temática para a qualificação contínua dos Projetos Políticos Pedagógicos dos cursos jurídicos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, N. **Dicionário de Filosofia**. SP: Martins Fontes, 2007.
ANDRADE, O. **Escritos de Oswald de Andrade**. SP: Imprensa Oficial do Estado, 1985.
ARISTÓTELES. **Política.** SP: Martins Fontes, 1998.
BIESTA, G. **On the weakness of Education. In Philosophy of education**. Illinois: University of Illinois, 2009.
BITTAR, E. **Direito e Ensino Jurídico.** SP: Atlas, 2001.
BITTAR, E. **Estudos sobre ensino jurídico**. SP: Atlas, 2006.
BITTAR, E. *O* **Direito na pós-modernidade**. SP: Forense, 2009.
BRANDÃO, C. R. **O que é educação**. SP: Editora Brasiliense, 1983.
BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. **Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda** (sic). Rio de Janeiro: Chancellaria-mór do Imperio, 1827.
BRASIL. **Projeto de Lei número 2781 de 2003**. Dispõe sobre a inclusão da disciplina *Introdução à Cidadania*, no currículo do ensino fundamental, sendo obrigatória nos Sistemas Federal, Estadual e Municipal e dá outras providências, 2003.
CERQUEIRA, D. T. *et al* (org.). **180 anos do Ensino Jurídico no Brasil**. Campinas: Millennium, 2008.
COSTA, A. A. **Introdução ao Direito: uma perspectiva zetética das ciências jurídicas**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 2001.
INEP. Disponível em: <http://www.inep.gov.br/>. Acesso em: 15 set. 2013.
JAEGGER, W. **Paideia: a formação do homem grego**. SP: Martins Fontes, 1995.

ISSN 1679-8902

KANT, I. **Sobre a Pedagogia**. Piracicaba: UNIMEP, 1996.
LACAN, J. **O Seminário IV, A Relação de Objeto**. RJ: Jorge Zahar Editor, 1995.
LAPLANCHE; PONTALIS. **Vocabulário da Psicanálise**. SP: Martins Fontes, 2000.
LYOTARD, J. F. **O pós-moderno**. RJ: José Olympo, 1993.
MELO SOBRINHO, N. C. **Apresentação**. *In* NIETZSCHE, F. *Escritos sobre Política*. RJ: PUC RIO, 2007.
MENDONÇA, S. **Educação artistocrática em Nietzsche: perspectivismo e autossuperação do sujeito.** 2009. (Doutorado em Filosofia). Curso de Pós-graduação em Filosofia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2009.
MENDONÇA, S. **Massificação humana e a educação aristocrática em Nietzsche**. v. 13, n. 1, ETD – Educação Temática Digital, 2011 A.
MENDONÇA, S. **Objeções à igualdade e à democracia: a diferença como base da educação aristocrática.** v. 14, n. 1, ETD – Educação Temática Digital, 2011 B.
MOMMSEN, T. **História de Roma.** Rio de Janeiro: Editora Opera Mundi, 1973.
NIETZSCHE, F. **Para além do bem e do mal.** SP: Cia das Letras, 2000.
NIETZSCHE, F. **Humano, demasiado, humano**. SP: Cia das Letras, 2005.
NIETZSCHE, F. **Escritos sobre Política.** RJ: PUC RIO, 2007 A.
NIETZSCHE, F. **Escritos sobre Educação.** RJ: PUC RIO, 2007 B.
NIETZSCHE, F. **Genealogia da moral**. SP: Cia das Letras, 2007 C.
NIETZSCHE, F. **O Anticristo**. SP: L&MP, 2008.
NIETZSCHE, F. **Crepúsculo dos ídolos**. SP: L&MP, 2009.
PLATÃO. **A República**. SP: Martin Claret, 2010.
SAVIANI, D. **História das ideias pedagógicas no Brasil**. SP: Autores Associados, 2010.
SANTOS, B. S. **Um Discurso sobre as Ciências**. Porto: Edições Afrontamento, 2001.
ONGE, R. A. **The Untimely Educator: An interpratation of Nietzsche's Philosophy of education.** Lap Lambert Academic Publishing. EUA, 2011.
REALE, M. **Filosofia do Direito**. SP: Saraiva, 1983.
RODRIGUES, H. W. **Ensino jurídico para que(m)?.** Florianópolis: Boiteux, 2000.
RODRIGUES, H. W. **Pensando o ensino do Direito no século XXI**. Florianópolis: Boiteux, 2005.
RODRIGUES, H. W**. Ensino Jurídico e Direito Alternativo**. SP: Editora Acadêmica, 1993.

Sobre os autores

Felipe Adaid
Bacharelando em Direito pela PUC-Campinas.
felipeadaid@gmail.com

Samuel Mendonça
Doutor pela Unicamp. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Educação da PUC-Campinas. Presidente da ALFE – Asociación Latinoamericana de Filosofia de la Educación.
samuelms@gmail.com

ISSN 1679-8902

RESENHA

Desvio produtivo do consumidor - O prejuízo do tempo desperdiçado, de Marcos Dessaune, 2011 (Ed. RT).

Franzolin, Cláudio José

Pontifícia Universidade Católica de Campinas

RESUMO: A resenha aborda sobre o conceito de tempo como um bem jurídico fundamental e ao ser desperdiçado em virtude de problemas ocasionados pelo fornecedor, são conduzidos e reconhecidos como um novo dano indenizável para uma tutela mais efetiva do consumidor.

Palavra chave: tempo desperdiçado, dano moral, vício.

São crescentes as situações de perturbações ocasionadas pelos fornecedores que não colocam produtos e serviços que tenham padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade ou, ainda, adotam práticas abusivas retardando, dificultando ou impedindo o exercício do direito dos consumidores. Ou seja, ocorrem situações que se sucedem no dia a dia da vida do consumidor desviando-se de seus projetos pessoais, pois é obrigado despender *energia* e *tempo* para solucionar (ou tentar) os problemas causados pelos fornecedores. Por exemplo:

1. o consumidor adquire linha celular numa operadora de acesso móvel e não consegue utilizá-lo. Ele contata o setor de atendimento ao consumidor inúmeras vezes; isso faz com que tenha de desviar e canalizar seu *tempo* livre para resolver os problemas com o fornecedor;

2. Ou, ainda, após sair do consultório, dirige-se à Operadora de Planos de Saúde com os pedidos de exames feitos pelo médico. Lá, iniciam-se um conjunto de situações que levam ao desperdício de *tempo* para que o consumidor consiga as guias necessárias para realização dos exames;

3. E mais. Diante da indisponibilidade para acessar a *internet,* o consumidor tenta contatar o fornecedor desidioso e omisso; tal tentativa de contato se prolonga por horas! Enfim, o consumidor desperdiça seu *tempo* para tentar obter auxílio e assistência sem nenhuma resposta do fornecedor;

ISSN 1679-8902

Nesta rota, notam-se hipotéticas situações, sem desconsiderar as inúmeras outras que poderiam ser citadas, como o *tempo* do consumidor é desviado para situações provocadas pelo fornecedor, quando este deveria, sim, adotar efetiva conduta de colaboração e solidariedade.

Diante dessas situações e de inúmeras outras, Marcos Dessaune, na sua obra *Desvio produtivo do consumidor*, publicado pela Revista dos Tribunais, sustenta que o consumidor desperdiça seu *tempo* quando procura solucionar conflitos e resolver problemas causados, seja pelos vícios ou defeitos dos produtos ou serviços, seja em virtude das condutas e práticas abusivas do fornecedor.

E este *tempo* desperdiçado, prossegue o autor, precisa ser valorado para ampliar o ângulo de proteção do consumidor, afinal, explica nos capítulos 8, 9 e 10, que o *tempo* deve ser considerado com um bem da pessoa[1].

Para o autor, o *tempo* se revela com uma categoria que pode ganhar contornos de juridicidade e, citando Domenico De Mais, o modelo de sociedade na contemporaneidade, não mais se funda no trabalho, mas, sim, no uso da globalização, da tecnologia, da criatividade e do tempo livre resultante, permitindo, por conseguinte, que a pessoa possa se dedicar, cada vez mais, às atividades valiosas, nos quais se destaca o *tempo* para ser dedicado, ora para o trabalho, outro para o aprendizado (que é o estudo e aperfeiçoamento) e, finalmente, ora para o entretenimento que é o tempo de lazer.

Assim, ao se interromper o que está fazendo o consumidor tem que desviar suas pretensões pessoais que seriam aquelas “atividades indispensáveis ou mais desejadas em sua vida”[2] e partir para tentar resolver os problemas ocasionados pelos fornecedores que disponibilizam produtos e serviços sem qualidade.

Significa afirmar, portanto, que o *tempo* que se leva para solucionar os problemas decorrentes dos produtos ou dos serviços os quais não atendem às suas expectativas, o consumidor precisa desviar-se de seus projetos pessoais, como por exemplo, do trabalho, do descanso, do lazer, do convívio social, do

[1] Ob cit., p. 106
[2] Dessaune, Marcos, ob cit., p. 111.

ISSN 1679-8902

estudo, para buscar o fornecedor e tentar solucionar os transtornos (seja por telefone, seja por meio telemático, seja pessoalmente) com o fornecedor.

Como ensina Marcos Dessaune, "no lugar de fornecer ao consumidor um produto final que contenha certas utilidades e incentivos que satisfaçam suas necessidades, desejos e expectativas – desse modo contribuindo para sua existência digna, promovendo seu bem-estar e liberando seus recursos produtivos – numerosos fornecedores corriqueiramente descumprem seus deveres jurídicos e entregam ao consumidor um produto final defeituoso ou exercem práticas abusivas no mercado, ocasionando-lhe problemas, enfim, danos efetivos"[3].

Ou seja, é preciso reconhecer que o *desperdício do tempo* pode ser reconhecido como um novo direito[4] do consumidor, o qual ganha contorno de juridicidade no trabalho do autor. Para isso, este rompe com a simplicidade, com as construções lógicas, com a objetividade, com a plenitude da razão para reconhecer e destacar que o *tempo* do consumidor se revela como um bem primordial e precisa ser efetivado e reconhecido como um direito digno de tutela[5].

[3] Idem p. 131.

[4] Para Antônio Carlos Wolkmer, "a conceituação de novos direitos deve ser compreendida como a afirmação contínua e a materialização pontual de necessidades individuais (pessoais), coletivas (grupos) e metaindividuais (difusas) emergem informalmente de toda e qualquer ação social, advindas de práticas conflituosas ou cooperativas, estando ou não previstas ou contidas na legislação estatal positiva, mas que acabam se instituindo formalmente".. Para ele "a proposição nuclear aqui é considerar os "novos" direitos resultantes de lutas sociais afirmadora das necessidades históricas na contextualidade e na pluralidade de agentes sociais. (....). As mudanças e o desenvolvimento no modo de viver, produzir, consumir e relacionar-se de indivíduos, grupos e classes podem perfeitamente determinar anseios, desejos e interesses que transcendem os limites e as possibilidades do sistema, propiciando situações de necessidade, carência e exclusão. Uma projeção para espaços periféricos como o brasileiro demonstra que as reivindicações e as demandas, legitimadas por sujeitos sociais emergentes, incidem, prioritariamente, sobre direitos à vida, ou seja, direitos básicos de existência e de vivência com dignidade. Claro está, portanto, que o surgimento dos "novos" direitos são exigências contínuas e particulares da própria coletividade diante das novas condições de vida e das crescentes prioridades impostas socialmente (...). Enfim, o processo histórico de criação ininterrupta dos ´novos´ direitos fundamenta-se na afirmação permanente de necessidades humanas específicas e na legitimidade de ação das novas sociabilidades, capazes de implementar práticas emergentes e diversificadas de relação entre indivíduos, grupos e natureza (Introdução aos fundamentos de uma Teoria Geral dos "Novos" Direitos. *In Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectiva – uma visão básicas das novas conflituosidades jurídicas [Organzadores: Antonio Carlos Wolkmer; José Rubens Morato Leite]. São Paulo: Saraiva, 2012,* p. 34).

[5] Conforme Luiz Guilherme Marinoni, "a obrigação do jurista não é mais apenas a de revelar as palavras da lei, mas de proteger uma imagem, corrigindo-a e adequando-a ao princípio de justiça e aos direitos fundamentais" (*Curso de Processo Civil:* teoria geral do processo. V.1. 3 ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2008, p.47)

ISSN 1679-8902

Destaca-se, portanto, a sensibilidade do autor em seu livro, para reconhecer que o *tempo* desperdiçado pelo consumidor para resolver problemas de consumo gerados pelos fornecedores, provoca uma perda temporal que não é mais recuperada. E essa perda de tempo pode surgir em virtude dos mais variados problemas ocasionados pelo fornecedor: 1. a falta de informações, 2. a demora de atendimento, 3. as idas e vindas à sede do fornecedor, 4. a ausência ou dificuldade para reposição de peças etc.

Mas, por outro lado, é preciso reconhecer que há julgados que consideram o *tempo* desperdiçado pelo consumidor para resolver problemas provocados pelas situações de inadimplemento contratual ou de falhas no produto ou no serviço, como costumeiramente se classifica, de "meros dissabores"[6]. Nada mais retrógrado e longe da contemporaneidade.

Afinal, a configuração do dano mudou[7]. Conforme Carlos Alberto Bittar Filho[8], a responsabilidade civil não mais se centraliza na noção de ato ilícito,

[6] **Ementa:** Bem móvel. Compra e venda de veículo automotor. Defeitos. Reparos. Paralisação do veículo nas dependências das rés. Bem utilizado em transporte de passageiros. Lucros cessantes. Danos morais e materiais. Ação reparatória de danos. 1. Embora se trate, inequivocamente, de bem utilizado em atividade remunerada, qual seja, transporte de pessoas, tal circunstância não afasta a relação de consumo entre as partes, dadas as demais características da relação entre autor e rés, como a hipossuficiência técnica e econômica. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Diante da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, as rés são objetivamente responsáveis pelos vícios ou defeitos apresentados pelo produto por elas colocado à disposição no mercado, pois integram a cadeia de fornecedores, ainda que o fato seja atribuído a terceiro que também integre referida cadeia. 3. Para estadear a pretendida responsabilidade civil, impõe-se a suficiente comprovação do dano que se pretende ver ressarcido. 4. Não se admite sentença condicional. A prova do lucro cessante deve ser feita no processo de conhecimento, jamais na liquidação. Não demonstrada sua ocorrência, a sentença de mérito declarará improcedente a pretensão. Precedentes. 5.Meros dissabores e transtornos oriundos da relação negocial de compra e venda não dão azo à indenização por danos morais, visto que nenhum bem extrapatrimonial restou lesado. 6. A condenação à honorária constitui ônus da sucumbência, não cabendo a distribuição recíproca dos honorários advocatícios. 7. Negaram provimento ao recurso, por fundamentação diversa. (**0238990-46.2009.8.26.0007** Apelação. Relator: Vanderci Álvares. 25ª Cäm Dir Priv. Data juglto 7/11/2013) (www.tjsp.jus.br). Acesso: 12/11/2013). Sem contar que também há autores os quais sustentam que o tempo que o consumidor necessita para resolver problemas ocasionados pelo fornecedor também se enquadra como meros percalços ou contratempos. Entre alguns, citamos, por exemplo, Sérgio Cavalhieri Filho: "...só deve ser reputado como dano moral a dor, o vexame, sofrimento, humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. (...). Mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material" (CAVALIEIRI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil.* 7ª ed. São Paulo, Atlas, 2007, p. 81)

[7] BITTAR FILHO. Carlos Alberto. Do dano moral coletivo no atual contexto jurídico brasileiro. In *Revista de direito do consumidor*, n. 12: 44-62, em especial, p. 46.

[8] Ibidem.

ISSN 1679-8902

mas na de dano injusto, o que, ampliou os horizontes e a esfera de aplicação da reparação civil. Assim, permite-se verificar novas situações indenizáveis.

Enfim, ao se reconhecer os planos de vida do consumidor, seus projetos e competências, caso sejam desprezadas, atentam ao direito individual seu e, identifica-se aí que o tempo desperdiçado provocado pelo fornecedor precisa ser reavaliado para ser tutelado

Assim, o trabalho do autor traça a juridicidade do *tempo* desperdiçado e os fundamentos jurídicos para amparar a tutela do consumidor sob um prisma de reconhecimento de sua vulnerabilidade diante do poder de controle e dominação do fornecedor. Enfim, para o autor, conforme se constata, o *tempo* ganha status de um direito fundamental e que, por isso, o seu desperdício provocado pelo fornecedor provoca uma situação danosa em detrimento do consumidor e que pode ser indenizável.

Sobre o Autor

Advogado. Doutor em Direito. Professor na graduação nos Cursos de Direito da Puc-Campinas e da Universidade São Francisco (USF) e de Pós-Graduação.

ISSN 1679-8902